



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
POLÍTICAS**

**DESAFÍOS EN UN NUEVO CONTEXTO DEL DERECHO DE
HUELGA**

TESIS DE DOCTORADO

Luiz Alberto de Vargas

**Sevilla
Febrero, 2020**

DESAFÍOS EN UN NUEVO CONTEXTO DEL DERECHO DE HUELGA

Luiz Alberto de Vargas

**Tesis presentada en el Programa de Doctorado en Ciências Jurídicas y
Políticas de la Universidad Pablo de Olavide, como requisito para
obtención de grado de Doctor.**

Director de Tesis: Prof. Dr. Rafael Gómez Gordillo

**Sevilla
Febrero, 2020**

À minha esposa, LÍlian Monks Duarte de Vargas
e a meus filhos, Luiz Antônio Duarte de Vargas
e Leila Duarte de Vargas.

A meus pais, Trajano Galan de Vargas e Dalva
de Souza Vargas, cuja lembrança e exemplo
levo comigo sempre.

Ao Professor Doutor Rafael Gómez Gordillo, Director de Tesis, não tenho palavras para agradecer tanto apoio e incentivo, sem os quais esse trabalho não seria possível.

Ao Professor Doutor Wilson Ramos Filho, mais que um professor; um amigo e companheiro de lutas de toda uma vida, agradeço pela generosidade e por ser a grande referência dos pesquisadores do Direito do Trabalho crítico brasileiro.

A todos os professores e colegas dos cursos de Mestrado em Direitos Humanos e de Doutorado em Direito da Universidad Pablo de Olavide.

À Carol Proner, por sua ternura, por sua firmeza, por sua sabedoria.

À Antonio Baylos, por ser o farol de todos nós.

“A greve consegue ser muitas coisas de uma vez só: é momento de liberdade, de pausa, de rebelião e de sonho; tem traços de homem e de mulher; arroubos de jovem e racionalidade de adulto. Exatamente por isso, as leis estão sempre tentando capturá-la, e ela sempre buscando fugir”

Márcio Túlio Viana

RESUMO

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad Pablo de Olavide

Autor: LUIZ ALBERTO DE VARGAS

Orientador: Prof. Dr. Rafael Gordillo Gómez

Discute-se o direito de greve, sua história, seus fundamentos, conteúdo e limites, tal como se apresentam no direito brasileiro e em ordenamentos jurídicos próximos ao brasileiro, especialmente o espanhol. O modelo tradicional do direito de greve, gerado na Europa ocidental a partir da industrialização e consolidado no auge da Estado constitucional social-democrata foi o grande norte para a construção de um direito de greve brasileiro a partir da redemocratização do país. Construção difícil, tendo em conta as particularidades de um país que convive, ainda, hoje com grandes desigualdades econômicas e sociais e que, em sua história, a repressão à greve e sua negação como direito foram uma constante.

No Brasil e no mundo, a greve mudou. Em uma sociedade globalizada em que a comunicação passou a influenciar peremptoriamente as decisões privadas e públicas, o fator de sucesso das greves deixa de ser apenas o prejuízo econômico causado ao empresário pela paralisação do trabalho, rivalizando com este, a mobilização da opinião público em favor da greve.

Revisando a trajetória da greve e de sua regulamentação, propõe-se uma revisão de seus conceitos de forma a repensar sua utilização em um novo equilíbrio entre os atores sociais, mais adequado a tempos de globalização e de avanço das ideias neoliberais – um contexto adverso aos trabalhadores, em que, de forma simultânea, ocorre o enfraquecimento de sua organização e um empoderamento avassalador do poder das empresas, especialmente das transnacionais. Um novo olhar sobre a greve, especialmente as chamadas “greves atípicas”, reconhecendo sua licitude e sua adequação aos parâmetros constitucionais, pode ser um caminho para que a greve recupere sua utilidade social dentro de uma sociedade pluralista, democrática e solidária.

Palavras-chave: Greve – Direito de greve – Direitos humanos – Direito Constitucional – Direito ao trabalho – Direito Comparado

RESUMEN

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad Pablo de Olavide

Autoría: LUIZ ALBERTO DE VARGAS

Director de Tesis: Prof. Dr. Rafael Gordillo Gómez

Se discute el derecho de huelga, su historia, sus fundamentos, contenido y límites, tal como se presenta en la ley brasileña y en los sistemas legales cercanos a la ley brasileña, especialmente el sistema español. El modelo tradicional del derecho de huelga, generado en Europa occidental a partir de la industrialización y consolidado en el apogeo del estado constitucional socialdemócrata, fue el gran norte para la construcción de un derecho de huelga brasileño a partir de la redemocratización del país. Construcción difícil, teniendo en cuenta las particularidades de un país que aún vive hoy con grandes desigualdades económicas y sociales y que, en su historia, la represión de la huelga y su negación como derecho fueron constantes.

En Brasil y en el mundo, la huelga ha cambiado. En una sociedad globalizada en la que la comunicación ha influido de manera perentoria en las decisiones privadas y públicas, el factor de éxito de las huelgas ya no es solo el daño económico causado al empresario por el cese temporal de la prestación de trabajo: en la actualidad este elemento histórico rivaliza con la movilización de la opinión pública a favor de la huelga.

El estudio proyecta una nueva mirada sobre la huelga, especialmente sobre las llamadas "huelgas atípicas", reconociendo su legalidad y su adecuación a los parámetros constitucionales, como forma de que la huelga recupere su utilidad social dentro de una sociedad pluralista, democrática y solidaria.

Palabras-clave: Huelga – Derecho de huelga – Derechos humanos – Derecho constitucional – Derecho del trabajo – Derecho comparado

ABSTRACT:

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad Pablo de Olavide

Authorship: LUIZ ALBERTO DE VARGAS

Thesis director: Prof. Dr. Rafael Gordillo Gómez

The right to strike, its history, foundations, content and limits, as presented in Brazilian law and in legal systems close to Brazilian law, especially the Spanish system, are discussed. The traditional model of the right to strike, generated in Western Europe from industrialization and consolidated at the height of the social democratic constitutional state, was the great north for the construction of a Brazilian right to strike from the redemocratization of the country. It was a difficult construction, taking into account the particularities of a country that still lives today with great economic and social inequalities and that, in its history, the repression of the strike and its denial as a right were constant.

In Brazil and in the world, the strike has changed. In a globalized society where communication has had a peremptory influence on private and public decisions, the success factor of strikes is no longer only the economic damage caused to the employer by the temporary cessation of work: today this historical element rivals the mobilization of public opinion in favor of strikes.

The study projects a new look at strikes, especially so-called "atypical strikes", recognizing their legality and their adaptation to constitutional parameters, as a way for strikes to recover their social usefulness within a pluralistic, democratic and supportive society.

KEYWORDS: Strike – Right to strike – Human rights – Constitutional law – Labour law – Comparative law

LISTADO DE SIGLAS:

| | |
|-------------------------|---|
| CCDST - Trabajadores | Carta Comunitária de los Derechos Sociales de los |
| CDFUE - Europeia | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión |
| CE | - Constitución Española |
| CSE | - Carta Social Europea |
| CP | - Código Penal brasileño |
| EBEP - | Estatuto Básico del Empleado Público |
| LOLS - | Ley Orgánica de Libertad Sindical |
| OIT | - Organización Internacional de Trabajo |
| OMS | - Organización Mundial de la Saúde |
| ONU | - Organización de las Naciones Unidas |
| PIDESC | Pacto Internacional de los Derechos Económicos |
| Sociales y Culturales | |
| RDLRT - | Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo |
| STC | - Supremo Tribunal Constitucional |
| STF | - Supremo Tribunal Federal |
| TEDH - | Tribunal Europeo de los Derechos Humanos |
| TST | - Tribunal Superior do Trabalho |

LISTADO DE ANEXOS:

| | | |
|-----------|---|---|
| ANEXO I | - | Legislación penal brasileña, actual y historica |
| ANEXO II | - | Medida Provisória n.59/1989 (Brasil) |
| ANEXO III | - | RDLRT n. 17/1977 de 4 de março (España |
| ANEXO IV | - | Acórdão STF n, HC 5.910, outubro de 1920 |
| ANEXO V | - | Acórdão TST RR-253840-90.2006.5.03.0140 |

SUMARIO:

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN | 13 |
| CAPÍTULO 1. EL DELITO DE COALICIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL: LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA | |
| 1.1 La huelga como arma fundamental de los trabajadores: el desarrollo negociado del derecho de huelga en el desarrollo de la lucha de los trabajadores | |
| 1.1.1 Los inicios de un sindicalismo que reivindica reivindicaciones tanto económicas como políticas | 25 |
| 1.1.2 La huelga como herramienta histórica para los trabajadores | 33 |
| 1.2 Desarrollo del derecho de huelga | 45 |
| 1.2.1 La huelga como equivalente a la ociosidad voluntaria y el delito de coalición. | 45 |
| 1.2.2 - El delito de huelga | 51 |
| 1.2.4 – La huelga reconocida como derecho | 66 |
| 1.2.5 - La huelga como derecho constitucional | 73 |
| 1.3 - Breve historia de la huelga y la poca aplicabilidad de las "tres fases históricas de la huelga" en Brasil | 81 |
| 1.4 - Modelos de huelga | |
| 1.4.1 El modelo de la huelga clásica o profesional | 100 |
| 1.4.2 Huelgas como abstención significativa de trabajo, pacífica, de transición y de procedimiento | 105 |
| 1.4.3 La exclusividad de la titularidade corporativa de la huelga, excluyendo trabajadores y coaliciones / la visión individualista de la huelga | 113 |
| 1.4.4 La huelga como instrumento subalterno de la negociación colectiva | 138 |
| 1.4.5 - Un deber de paz laboral implícito al convenio colectivo | 148 |
| 1.4.6 La procedimentalización del ejercicio del derecho de huelga | 161 |
| 1.5 – La difícil construcción de un modelo de derecho de huelga en Brasil | 166 |
| CAPÍTULO 2 - la regulación del derecho de huelga | |
| 2.1 Normas internacionales | 175 |
| 2.2 - Otros ordenamientos jurídicos | 207 |
| 2.3 – Derecho de huelga en España y su influencia en el derecho brasileño | 219 |
| 2.4 – La regulación del derecho de huelga en Brasil | |
| 2.4.1 La huelga en la Constitución | 247 |
| 2.4.2 – La ley de huelga brasileña | 253 |

| | |
|---|-----|
| Capítulo 3 – DESAFÍOS DEL DERECHO DE HUELGA EN NUEVOS TIEMPOS | |
| 3.1 La huelga cambió.. ¡El mundo también!..... | 303 |
| 3.2 ¿La huelga necesariamente pacífica”? | 313 |
| 3.3 La huelga es más que um paro y más que una protesta | 323 |
| 3.4 La lucha se mueve en campo de la comunicación | |
| 3.4.1 La libertad de expresión y el derecho de reunión son inseparables del derecho de huelga..... | 329 |
| 3.4.3 Nuevas formas de protesta y de movilización | 345 |
| CONCLUSÕES: | 357 |
| BIBLIOGRAFÍA: | 363 |
| ANEXOS..... | 391 |

INTRODUCCIÓN

La historia se mueve a través de la lucha de los pueblos por alcanzar niveles más altos de dignidad, entendida no como una abstracción descontextualizada de la realidad; sino, concretamente, "como un acceso igualitario y no jerárquico a los bienes materiales e inmateriales que hacen que la vida valga la pena de ser vivida" (HERRERA FLORES, 2009, p. 34). Esta es la mejor y moderna expresión de los "derechos humanos", que encuentra en tal concepción un encaje concreto con el mundo real, dejando al pasado las pretensiones universalistas y abstractas que marcaron la doctrina tradicional de los derechos humanos, mientras que epistemológicamente se abre a la crítica inclemente de la práctica social. Como explica Carol Proner (2011, p. 27), en un enfoque crítico y contextualizado de los derechos humanos, la propuesta de Herrera Flores trabaja en lo concreto, sin temer poner a prueba sus propios conceptos al confrontarlos con las prácticas sociales.

Desde esta perspectiva, entender la evolución del derecho de huelga requiere situar este estudio en el contexto de una difícil y ardua lucha de los trabajadores por hacer valer sus derechos en la sociedad capitalista, no sólo como meros destinatarios de políticas públicas que mejoren sus condiciones de vida y de trabajo; sino también y sobre todo como protagonistas de su propia historia en una perspectiva de transformación social en la que la igualdad y la solidaridad sean el fundamento de una nueva sociedad. En este sentido, la huelga se muestra como una palanca esencial para la transformación social, siendo el estudio de su transformación a lo largo de la historia un elemento clave para la comprensión del proceso histórico de los pueblos en busca de mayores niveles de dignidad. Porque, como derecho humano fundamental, la huelga debe ser analizada en el contexto de un proceso que, al expresar la correlación de fuerzas en el ámbito social, normativo y político, abre (y por lo tanto consolida y garantiza) espacios de lucha por la dignidad humana (HERRERA FLORES, 2009, p. 156).

Abordar la huelga desde tal perspectiva ya implica, por sí solo, una posición clara del investigador en relación con el sujeto estudiado, y no puede admitir, salvo como una falsedad u omisión, una neutralidad que parece ignorar la fuerza performativa de las ideas, que siempre llevan consigo el potencial de construir/destruir nuevos horizontes, nuevos caminos, nuevos futuros. Por ello, esta obra adopta sin reservas la Teoría Crítica de los derechos humanos, por la cual el Derecho no puede ser entendido como una instancia ajena a la lucha concreta de los pueblos, sino que, por el contrario, es precisamente el producto de esas luchas y de su desarrollo. Por esta razón, los análisis comparativos entre los sistemas jurídicos de diferentes países pueden ser de poco valor cuando se examinan las condiciones peculiares de cada región y de cada época. Debemos evitar la tentación simplificadora de encontrar la "quinta esencia" de un derecho de huelga supuestamente adecuado a las sociedades capitalistas modernas, buscando, con mucha más modestia, comprender mejor la regulación de la huelga en cada país, dentro de las particularidades de cada país, en cada tiempo y en cada lugar, entendiéndola como un equilibrio siempre precario -y, por lo tanto, básicamente único- de las fuerzas sociales involucradas en la relación capital-trabajo. No hay razón para creer que un determinado modelo, aunque tenga éxito en un país, sea simplemente capaz de repetirse en otro. Mucho menos pensar que podría haber un modelo de derecho de huelga universal.

Ciertamente hay otros conceptos erróneos que deben evitarse, como la tentación siempre presente de comparar los sistemas legales, clasificándolos dentro de un patrón evolutivo arbitrario. En Brasil, un país relativamente joven, con un pasado marcado por el autoritarismo y la exclusión social, la ilusión de "copiar la ley" de los países más democráticos ha llevado a una incorporación acrítica, por parte del legislador y la doctrina nacional, de modelos que no siempre corresponden a las necesidades y particularidades brasileñas. Así, se olvida que cada proceso histórico presenta características exclusivas e irrepetibles; por otra parte, también se sobreestima el papel de la regulación legal en el progreso social. En los tiempos actuales, es cada vez más

necesario "anclar" el derecho de huelga a la realidad concreta de cada país, atento a sus necesidades y adecuado a sus trayectorias y proyectos nacionales, dentro de su contexto específico, en los caminos que cada nación encuentra en la búsqueda de niveles más altos de dignidad.

Sólo si se toman tales precauciones, puede ser útil un análisis comparativo entre sistemas jurídicos tan diversos como el español y el brasileño, que permita trazar elementos comunes y diferencias relevantes que, a lo largo de distintos caminos históricos, condujeron en ambos países a la elevación del derecho de huelga al "estatus" de derecho constitucional. Una vez admitidas estas limitaciones, se puede trazar una línea evolutiva para el reconocimiento del derecho de huelga en todos los países europeos y latinoamericanos, desde una pura y simple represión (fase de negación del derecho de huelga), pasando por su mera tolerancia (fase de reconocimiento de la huelga como libertad), hasta llegar a su integración, como derecho fundamental, reconocido en las Constituciones y normas internacionales.

Así, el concepto brasileño de derecho de huelga, presente en la Constitución de 1988 y en la legislación infraconstitucional, es lo que la historia brasileña y una fuerte influencia del derecho comparado han hecho de él en función de las necesidades y especificidades nacionales. Después de un largo período, la redemocratización brasileña ha fijado sus mejores objetivos en la construcción de un sistema jurídico sólido y esencialmente democrático, en el que la libertad política es un pilar esencial y el compromiso con la igualdad y el progreso social se logra mediante pactos sociales, impulsados por la lucha autónoma y organizada de los trabajadores, siendo el derecho de huelga de importancia fundamental.

Sin duda, hay que reconocer que, desde la Constitución de 1988, se ha producido un avance significativo en el reconocimiento del derecho de huelga en Brasil, siguiendo la evolución de la propia sociedad, que, reconociendo la valorización del trabajo y la búsqueda de la igualdad real como fundamentos de la República, ha consagrado la huelga como un derecho colectivo fundamental por el que los

trabajadores tienen acceso a mejores condiciones de vida dentro de la sociedad. En este sentido, las similitudes relevantes en la construcción de un derecho de huelga post-autoritario reúnen las experiencias de España en 1978 y de Brasil en 1988. Así pues, la experiencia de Brasil se ha beneficiado enormemente al observar cómo España ha desarrollado su reglamentación posterior a la dictadura, incluso en relación con la reglamentación del derecho de huelga. Sin embargo, se trata de una delicada "transmutación normativa", que tiene en cuenta las profundas diferencias económicas, sociales y culturales entre los dos países, especialmente el hecho de que se trata de proyectos nacionales muy diferentes, aunque parezcan, en un análisis superficial, bastante similares.

La existencia de una enorme deuda social brasileña, representada por una masa de personas excluidas de la riqueza nacional, herencia del colonialismo y de un pasado esclavista, debería ser, en sí misma, un factor para tomar con gran reserva cualquier pretensión de simplemente transplantar soluciones exógenas al sistema legal brasileño. Asimismo, la falta de una tradición fuerte y activa de sindicalismo también debería marcar cualquier propuesta de regulación del derecho de huelga en Brasil, tal vez no previendo tantos requisitos y condiciones para la huelga como los que Europa prevé para sus sindicatos, algo que en Brasil puede representar obstáculos demasiado difíciles para los sindicatos brasileños más frágiles. Por lo tanto, la idea de pasar directamente de una tradición represiva a los sindicatos y a las huelgas a un modelo adaptado a las condiciones de los países con niveles mucho más altos de tradición sindical e igualdad material, donde las huelgas son un derecho de larga data y plenamente aceptado, debe tomarse con la debida precaución. Teniendo en cuenta, por ejemplo, que la principal ley brasileña sobre el derecho de huelga ha reconocido las influencias de cierta norma reguladora europea, al considerar tales "transposiciones civilizadoras", hay que evaluar críticamente su adecuación a la realidad nacional y al proyecto de Brasil expresado en la Constitución de 1988.

Brasil ha cambiado profundamente, sin cambiar el modelo sindical y manteniendo un reglamento de huelga de emergencia creado en el curso de la transición política en 1989. Esto en sí mismo ya sería una buena razón para una propuesta de revisión conceptual.

Con la regulación de las huelgas en la legislación brasileña como una de las principales preocupaciones, hay que tener en cuenta que existen fuertes similitudes con los procesos de mutación de las huelgas que también se producen en otros países, especialmente en países tan cercanos a Brasil histórica y culturalmente como España y Portugal. El análisis de los sistemas jurídicos nacionales, confrontándolos con la Constitución y el derecho internacional del trabajo, será necesario, no en el sentido de trazar una supuesta línea evolutiva inadecuada a la realidad brasileña, sino en un esfuerzo prospectivo, tratar de esbozar propuestas de posibles cambios que renueven la eficacia del derecho de huelga en una sociedad altamente compleja en la que el trabajo se vuelve, al mismo tiempo, cada vez más escaso e infravalorado, por un lado; también cada vez más relevante y esencial, por otro.

No se puede hablar de huelga fuera del contexto de un determinado modo de producción y organización de la sociedad. Así, en un sentido moderno, la huelga se define como un medio de lucha surgido dentro del modo de producción capitalista, como un instrumento de lucha de la clase obrera surgido de la Revolución Industrial. Siempre que había trabajo, se han producido conflictos. Pero siempre que hubo conflictos laborales, también hubo luchas colectivas que, muchas veces, adoptaron la forma de abstención laboral como medio de presión para mejorar las condiciones de trabajo y de vida. En un capitalismo, ahora en la forma neoliberal, con el aumento de la opresión económica causada por la crisis que ahora se hace permanente en una sociedad globalizada, es inevitable que los conflictos resulten en un aumento de la lucha y que ésta, casi naturalmente, tome la forma de una huelga. Pero una huelga que ya no se parece a la fórmula clásica, sino que presenta, en la forma y en el contenido, las marcas de los nuevos tiempos.

Desde el punto de vista sociológico, la regulación del derecho de huelga puede entenderse como un esfuerzo civilizatorio, dentro de una sociedad democrática, para propiciar, a través de un juego controlado de presión entre los actores sociales involucrados en la relación laboral, la búsqueda de mayores niveles de prosperidad, igualdad material y bienestar social. La huelga de ayer no es ciertamente la huelga de hoy, mucho menos la de mañana. Tampoco será lo mismo que una regulación de la huelga que, en el futuro, tendrá en cuenta su propósito de propiciar el progreso social.

Los profundos cambios en la organización productiva resultantes de la revolución tecnológica - especialmente en su proclamada "versión 4.0" -, en la medida en que impactan fuertemente en el mundo del trabajo, modifican las posibilidades de efectividad de la huelga, relativizando el poder de presión de los trabajadores y, cambiando el equilibrio de fuerzas que supone la negociación colectiva. En este sentido, también cambian la "huelga posible", la que todavía es posible llevar a cabo y de la que se puede esperar alguna eficacia.

Los cambios económicos, a través de fenómenos recientes y aún no suficientemente comprendidos como la globalización económica y la desregulación económica, crean una crisis casi permanente que afecta a la economía de la mayoría de los países, debilitando al mismo tiempo a los sindicatos y fortaleciendo en gran medida al capital que, al convertirse en un "actor global", ya no encuentra límites locales, inmunizándose contra las presiones sindicales, lo que en sí mismo crea una situación de profunda inestabilidad en las relaciones sociales. Se hace dudoso hablar razonablemente de cualquier equilibrio efectivo a través de la negociación colectiva.

Ya que uno de los productos más notables de estos cambios ha sido la considerable reducción del número de puestos de trabajo, así como la aceleración de la atomización e individualización del trabajo, con fuertes consecuencias para los movimientos reivindicativos basados en la acción colectiva. La huelga, al menos en su forma tradicional, se vio muy afectada. Si bien sigue representando el recurso más importante para la resistencia de los trabajadores contra una abrumadora marea

desreguladora y precaria de relaciones laborales, paradójicamente se está volviendo cada día más débil; cada vez menos capaz de seguir manteniendo el mismo papel modernizador y equilibrador que tuvo en el pasado. El desempleo y el aumento de las formas de trabajo precario socavan la capacidad de la huelga para hacer frente al creciente empeoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de la clase obrera.

Las amplias posibilidades que abre la tecnología permiten a los empresarios resistir la huelga, sustituyendo el trabajo rechazado de los huelguistas por el trabajo robótico o automatizado, algo que se ha acordado llamar la "esquirolaje" tecnológico" ("fura-greve").

Al mismo tiempo, un proceso de constante inestabilidad económica y del deterioro de las condiciones de trabajo y de vida lleva a un aumento de la desigualdad, incluso en los países desarrollados, a niveles que hace unos años se creían impensables. El aumento de la pobreza y el desempleo permanente empujan a los movimientos huelguísticos hacia una inusual radicalización que tiende a romper los límites tradicionales de la huelga ritual y pacífica que, al menos en algunos países, parecía haberse convertido en una forma altamente civilizada de resolver los conflictos entre el capital y el trabajo. Desde esta perspectiva, las formas de huelga en sí mismas cambian a nuevos tipos de reivindicaciones, que se centran menos en postulaciones de tipo económico dirigidas a los empresarios; y más en postulaciones de tipo general, políticamente dirigidas a la sociedad y a los poderes públicos, asumiendo el carácter de una protesta generalizada y vehemente contra unas insostenibles condiciones de trabajo e vida. En una sociedad cada vez más compleja, en la que el precio de los salarios depende cada vez menos de la negociación directa con el patrón, el núcleo del conflicto ya no reside en la relación directa entre el trabajador y el empresario. Parece inevitable que la huelga no tenga otro curso que el de mezclarse con la lucha política general, y que las reivindicaciones económico-profesionales de las reivindicaciones políticas no sean discernibles dicotómicamente.

El propio marco político en el que se desarrolla esta negociación también ha cambiado fuertemente, ya que el propio Estado nacional ya no se presenta, como antes, como el único legitimado para regular los conflictos sociales. Cada vez más, el espacio nacional compite con el espacio internacional, regional, comunitario y local; cada vez más frecuentemente, la regulación pública compite con la regulación privada o la autorregulación; cada vez más se desconfía de la eficacia del Estado en la mediación de conflictos. La propia democracia está pasando por un período de fuerte oposición, en el que las propuestas claramente antidemocráticas ya no pueden ser tomadas como mera retórica extravagante. Cuando se debilita la legitimidad del Estado y, al mismo tiempo, se reducen sus instrumentos de intervención mediadora, no se puede sorprender la radicalización de los conflictos o la extravasación de las agendas de las demandas, en una escalada de politización y de generalización de las huelgas. Las huelgas se están politizando cada vez más; al mismo tiempo, el Estado está fracasando en su misión autopropuesta de armonizar los intereses en conflicto. Por el contrario, sólo se muestra políticamente activo en la represión de la huelga, reapareciendo figuras penales que parecían superadas desde la época de la "huelga-delito".

Al mismo tiempo que, paradójicamente, proliferan las propuestas para sacar al Estado de los procesos de mediación de conflictos colectivos, se produce un aumento exponencial de las funciones represivas del Estado, con la criminalización de los movimientos sociales, la persecución de los sindicalistas, la restricción del derecho de reunión y manifestación, y el recorte de la libertad de expresión. Todo interfiere fuertemente en el equilibrio de los conflictos de huelga, en una regresión que, en muchos aspectos, parece negar la existencia concreta del derecho de huelga.

Un contexto en el que la huelga se aleja sustancialmente del llamado "modelo clásico", que seguirá siendo, para la historia, un modelo razonablemente exitoso que ha prevalecido durante un corto tiempo -aunque significativo- en los países más industrializados, pero que es insuficiente y obsoleto para las necesidades del nuevo milenio. Las llamadas "huelgas atípicas, hasta ahora marginadas y estigmatizadas por

la doctrina, ganan protagonismo y empiezan a reclamar un nuevo espacio en el ámbito jurídico, mereciendo una visión atenta y diferenciada de los juristas.

Por esta razón, no es útil y cada vez menos significativo intentar, analizando la huelga a lo largo del tiempo, identificar una "esencia" del derecho de huelga, por la cual la Ley podría, diseccionando un fenómeno tan complejo, separar aquellos aspectos que coherentemente se muestran asimilables y puestos en una clara definición de "huelga según la ley", dejando los aspectos mixtos e impuros como "simple factibilidad". De hecho, a lo largo de la historia, la metamorfosis del derecho de huelga no se ha consolidado en una forma o contenido determinado, sino que, a raíz del desarrollo de la historia de las luchas sociales, ha formado configuraciones muy distintas, adecuadas a la realidad de cada país en cada momento, siendo inocuo hablar de una concepción universal del derecho de huelga.

La forma de la huelga como la paralización total de la prestación laboral en el centro de trabajo, propia de la extensa organización productiva y de las extensas plantas industriales que agregaron miles de trabajadores, se torna inadecuada en tiempos de descentralización productiva, de atomización de la cadena industrial en centros de trabajo autónomos y de diversificación productiva con amplia utilización de trabajo robotizado. En estos nuevos tiempos, ya no se puede pensar en una huelga confinada a un tipo de lucha colectiva aislada, definida por características rígidas, claramente diferenciadas de otras formas de lucha colectiva: hay, en las huelgas de los nuevos tiempos, una simbiosis que inserta la huelga como punta de lanza de una lucha social más amplia, que, en el horizonte, busca transformaciones sociales mayores y más profundas. Resulta bastante equivocado pretender estudiar este fenómeno de forma aislada, aprisionándolo en un contexto restringido, como si se tratara de un tema puramente laboral, profesional o, peor aún, restringido para los trabajadores formalmente contratados como empleados. Además de esta atipicidad de formas, la huelga actual también está marcada por una fusión cada vez más inseparable entre las

postulaciones económicas y políticas. La diferenciación entre una huelga típica y una huelga política pierde todo su significado cada día.

La Ley, por supuesto, no es neutral en tal proceso. En Brasil, al igual que en España y en muchos otros países, estamos asistiendo a un desmantelamiento de los derechos sociales y a una creciente limitación del derecho de huelga, lo que hace que este instrumento de lucha de los trabajadores sea aún más asimétrico, convirtiendo la relación de poder entre las clases sociales en una disputa social que antes se consideraba justa y equilibrada por las conquistas del progreso material. Si históricamente la huelga aparece como el instrumento más importante de transformación social al servicio de las clases menos favorecidas, en los tiempos actuales se ha convertido en el último recurso que le queda a los trabajadores no sólo contra las consecuencias nefastas de una persistente crisis económica -y que, aparentemente, no tendrá fin antes- sino también como el retroceso del propio Derecho del Trabajo. La huelga, entendida en el contexto histórico, como fruto de un determinado modo de producción y organización social, como instrumento de lucha y resistencia de los trabajadores, es también un factor de cambio social. El estudio del derecho de huelga es un medio privilegiado para comprender estos cambios. Por lo tanto, existe un espacio privilegiado para estudiar cómo se contempla constitucionalmente el derecho de huelga en cada país, comparando cómo el surgimiento de estos nuevos fenómenos encaja a la luz de los proyectos nacionales que subyacen a las normas constitucionales y a las normas internacionales de derechos humanos que estas Constituciones reconocen.

El concepto brasileño del derecho de huelga, presente en la Constitución de 1988 y en la legislación infraconstitucional, es lo que la historia brasileña y la fuerte influencia del derecho comparado han hecho de él, basado en las necesidades y especificidades nacionales, siendo el estudio comparativo útil para trazar sus influencias, pero inapropiado cuando se trata de preguntar si el derecho de huelga desarrollado por el sistema jurídico brasileño responde o no a la pretensión de

modernizar las relaciones colectivas delimitadas por la Constitución de 1988, específicamente con respecto a los conflictos colectivos y la huelga. Hoy, cuando miramos la ley brasileña post-constitucional de 1988 -el marco institucional de la tardía llegada del país a la lista de países que aspiran formalmente a democracias modernas que buscan el bienestar social- con cierta desolación, podemos ver la gran distancia entre el avanzado proyecto constituyente de 1988 y la realidad de la implementación parcial e incompleta de un programa modernizador. Entre lo que ha quedado en el camino, sin duda cabe destacar los derechos sociales, entre los que se encuentra el derecho de huelga. Es perfectamente adecuado aquí discutir el desarrollo legislativo en Brasil de este derecho fundamental, su contenido y sus límites en el ámbito de un pacto social formal expresado en la Constitución nacional, sus promesas solemnes (y mal cumplidas), su evolución a lo largo del tiempo.

Pero el análisis del derecho de huelga no debe limitarse a la frustración que resulta del incumplimiento de las promesas constitucionales, sino que puede y debe considerar también los desafíos que impulsan las nuevas dinámicas productivas, desafiando la reformulación de conceptos, la búsqueda de un reajuste a las nuevas realidades urgentes que se revelan en un horizonte cercano y que, contrariamente a lo que se podría soñar en un futuro más lejano, anuncian tiempos en los que el trabajo se vuelve aún más escaso, precario y desvalorizado. Un derecho de huelga "de resistencia", abierto a nuevas y más eficaces formas de presión, es lo que se anuncia en los tiempos actuales.

El futuro al que apunta este trabajo es el de un derecho de huelga más amplio, como instrumento más adecuado a las circunstancias históricas de las clases trabajadoras de este novedoso siglo XXI. Y, en este sentido, la construcción de un futuro en el que se valore más (y no menos) el trabajo; la democracia más (y no menos) sustancial; la autonomía de las organizaciones de trabajadores más (y no menos) asegurada por el derecho; la distribución de la riqueza más (y no menos) repartida.

La construcción de un derecho de huelga brasileño compatible con los nuevos tiempos tendrá, pues, que considerar necesariamente el generoso proyecto de inclusión social y progreso material en favor de la igualdad real que la Constituyente de 1988 esbozó y que, hoy en día, sirve tanto de marco para evitar nuevos retrocesos como de baliza para tiempos mejores y nuevos avances.

CAPÍTULO 1. DEL DELITO DE COALICIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL: LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

1.1 La huelga como arma fundamental de los trabajadores: el desarrollo negociado del derecho de huelga en el desarrollo de la lucha de los trabajadores

1.1.1 Los inicios de un sindicalismo que reivindica reivindicaciones tanto económicas como políticas

La huelga precedió a los sindicatos, incluso porque fue la lucha de los trabajadores la que encontró en la huelga el instrumento más adecuado para dar curso a sus demandas, no sólo económicas sino también políticas. Incluso antes de que los obreros prestaran atención a la importancia de su organización, la huelga estalló, espontánea y vigorosamente, con la inevitabilidad de una fuerza de la naturaleza; con la virtualidad de los fenómenos físicos que ponen a prueba los límites de la resistencia de los materiales. Cuando la opresión excede ciertos límites de tolerancia, una cierta medida de lo soportable, ciertamente habrá una explosión social - y esta explosión probablemente se expresará en alguna forma de huelga.

La huelga representa -y no representó- una ruptura del consenso social por el cual los dominados admiten y colaboran con los dominadores. A través de la interrupción del trabajo, expresa la imposibilidad de mantener el orden en el mismo estado de cosas que hasta entonces se había mantenido el proceso de dominación.

Tal manifestación de protesta y ruptura no tiene por qué tener, en sí misma, ningún propósito reivindicativo aparte de que la dominación cese inmediatamente, ni ningún plazo predeterminado para que el movimiento termine. Mucho menos que la huelga necesariamente busque alguna negociación o apelar a algún organismo

mediador. La propia urgencia que la provoca no permite, en general, preverla o planificarla. La huelga no hace planes seguros para el futuro, porque el pasado no le permite pensar mucho más que en un presente insoportable que no le da otras opciones que la de una lucha feroz por la supervivencia.

Esta es la verdadera naturaleza de la huelga, que asusta a tantos por su carácter "salvaje", como si el salvajismo, al menos en la naturaleza, no fuera la condición natural para la supervivencia. Si esto sucede en medio de la civilización, hay que preguntarse en qué condiciones se ha convertido o se ha convertido en salvaje la propia civilización. Si la huelga adquiere contornos violentos, es ciertamente porque aún más violenta ha sido la respuesta a toda rebelión¹.

Sobre todo, hay que entender que la huelga, como forma espontánea de lucha y resistencia, siempre ha tenido una dimensión colectiva ineludible. Sin embargo, si se pretende regularla por ley, una concepción individualista y formal de la huelga conduce a la negación de su esencia colectiva, en una apreciación excesiva de la participación individual en la huelga, en una reducción de la huelga a un procedimiento, simple accesorio de una supuesta/impuesta negociación colectiva. Por esta razón, la huelga, por su naturaleza histórica, tiene poco que ver con los derechos subjetivos del derecho privado, sino con las libertades públicas, como facultad de acción reconocida por la ley. El derecho de huelga, por lo tanto, es superior y no se limita a la obligación contractual resultante del contrato de trabajo (SOUZA, 1988).

¹ Históricamente la rebelión de los trabajadores ha sido siempre una constante, y la parálisis de los trabajadores ha llegado a ser castigada con la muerte en Inglaterra durante el reinado de Jorge I (CARVALHO, 1993, p. 825).

Gran parte de la sobreestimación de la dimensión individual del derecho de huelga se deriva del sólido argumento a favor de un derecho inequívoco a no trabajar como expresión de la libertad individual que se opone al trabajo forzoso que, como la esclavitud o la servidumbre, ha marcado gran parte de la historia de la humanidad. Hemos visto el derecho a negarse a trabajar como un derecho humano individual, una afirmación de la dignidad del ser humano individual, algo que, en cierta medida, ha comprometido la imagen misma del trabajo, asociada durante mucho tiempo a la vergüenza y al castigo (PEGO, 2012, p. 107).

Junto a la visión de una "liberación del trabajo" desde una perspectiva individualista, cuando se puso de relieve la relevancia histórica de la huelga moderna, se descontextualizó de sus circunstancias concretas, como una afirmación de la lucha obrera, esencialmente colectiva, crítica y constructiva de la modernidad capitalista. Una vez más, la historia de la huelga se diluyó como instrumento colectivo de transformación social, subsumiéndola en una "lucha por la libertad humana", en una perspectiva individualista y universalista, propia de una cierta comprensión de los derechos humanos.

Por esta misma razón, dado que la huelga es el principal instrumento moderno para valorar el trabajo en la sociedad capitalista, no tiene mucho sentido llamar "huelga" a los movimientos colectivos que, en realidad, luchaban por la libertad o por la supervivencia inmediata (es decir, por la supresión del trabajo forzoso o degradante). Así, aunque sea de interés histórico, no se puede clasificar estrictamente

como "huelga" (al menos, en el sentido aquí propuesto) la parálisis de los constructores de pirámides en Egipto o la revuelta de los esclavos en la antigua Roma².

El comienzo del sindicalismo moderno puede estar marcado por dos hechos históricos bien definidos: la Revolución Industrial y la supresión de los sindicatos (BIRTH, 1986, p. 3). La huelga aparece en este mismo período y no se puede confundir con la lucha de clases. Los hechos anteriores, aunque evidencien la existencia del asociacionismo en la antigüedad, no pueden considerarse como el embrión de las asociaciones de trabajadores que surgieron desde el principio del trabajo en las fábricas. Como dice Alfredo Ruprech (1995, p. 60), en la antigüedad "es muy difícil pretender encontrar en las uniones de aquellos tiempos similitudes con las uniones modernas. Así pues, no tiene mucho sentido pensar en luchas históricas lejanas o en tiempos de esclavitud, ya que la huelga "es un fenómeno de la civilización moderna que surgió junto con el principio de libertad industrial proclamado por la Revolución Francesa" (PÉREZ PATON, 1946, p. 433 citado por RUPRECHT, 1972, p. 65). Por esta razón, "ciertos acontecimientos antiguos, de hecho, no pueden clasificarse como huelgas" ya que el inicio de la historia de la huelga coincide con el nacimiento de la actividad industrial a mayor escala (RUSSOMANO, 1997, p. 68). Por otra parte, aunque vinculadas umbilicalmente a las reivindicaciones de los trabajadores, las coaliciones y huelgas no se limitaban a las relaciones laborales, sino

2 Se habla de una huelga de los constructores de pirámides en el antiguo Egipto o de la huida de esclavos en el Monte Aventino en Roma, pero ninguno de estos acontecimientos históricos puede presentarse como un precursor de las huelgas modernas. Yone Frediani (2001, p. 22), citando a Marcio Tulio Viana (2000, p. 123), menciona también: la parálisis de los obreros encargados de la construcción del templo de Mut en Tebas (2100 a.C.), la revuelta de Espartaco (70 a.C.) y el abandono de la ciudad de Roma por la plebe (494 a.C.), movimiento que dio lugar al surgimiento de los Tribunales de la Plebe. Una interesante discusión sobre las bases históricas que se suelen utilizar en la discusión sobre los orígenes del derecho de huelga en SIQUEIRA, 2019

que abarcaban también las relaciones comerciales, como recuerda ALONSO GARCÍA (1963, p. 65), ya que muchas regulaciones profesionales se crearon como consecuencia de las parálisis que se produjeron en las actividades esenciales.

Aunque no se puede concebir a los gremios medievales como el embrión del sindicalismo laboral, su abolición en la Revolución Francesa de 1789 marcó un período de profunda desconfianza y represión de la organización colectiva con el pretexto de que la igualdad jurídica y la libertad individual hacían incompatible cualquier tipo de coalición - especialmente de los trabajadores - con el orden jurídico liberal. En el pensamiento de la época, de un individualismo extremo, la libertad contractual no podía ser restringida por intereses y voluntades colectivas, por lo que el Estado, si bien no tenía que intervenir en las relaciones contractuales, tenía también el deber de reprimir a las organizaciones colectivas, ya que, en la concepción de la época, éstas tendían a suprimir la libre expresión de las voluntades individuales. La represión de la huelga como expresión de la lucha organizada de los trabajadores se justificaba por la intolerancia contra cualquier forma de organización de los trabajadores. La lucha por el derecho de huelga se presentó como el desarrollo natural de la lucha feroz por la existencia y la afirmación del derecho a la libre organización sindical.

Así, para encontrar un punto de partida para el fenómeno de la huelga, hay que situarla en el contexto de la lucha contemporánea de los trabajadores por mejores condiciones de vida desde la Revolución Industrial (siglo XVIII), cuando un notable desequilibrio en las relaciones jurídicas y económicas condujo a condiciones de trabajo inhumanas, con jornadas de trabajo extenuantes y con una participación expresiva de niños y mujeres en la producción: una situación insoportable en la que las organizaciones de trabajadores fueron inexorablemente conducidas a la lucha y a la huelga (AROUCA, 2013, p.13-36). Aunque duramente reprimidas, las huelgas se hicieron frecuentes, lo que obligó a dejar espacio para su reconocimiento, que, sin embargo, se produjo mucho después de la consolidación de la Revolución Industrial (siglo XIX, más precisamente después de su segunda mitad).

La doctrina coincide en que la preeminencia de Inglaterra en el reconocimiento de las coaliciones de trabajadores coincide, citando el año 1824 como el año de la legalización de las asociaciones sindicales, que se realizó con la creación de los "Trade Unions" en 1834 (fundados por Robert Owen, considerado el "padre de las cooperativas y la legislación laboral"). Así, Inglaterra se convirtió en "la auténtica patria de la negociación colectiva y de los sindicatos fuertes, nacida antes que los partidos políticos de los trabajadores" (BIRTH, 2006, pág. 47). Al mismo tiempo (1830-40) se crearon en Francia las "sociétés de résistance" y, bajo el gobierno de Napoleón III, se fundó la Asociación Internacional del Trabajo (ATI), en la que no se distinguía entre la acción reivindicativa y la acción política. En 1863, la Asociación General Alemana, también sin tal distinción.

En una época de gran auge del movimiento obrero, Europa vio nacer la primera organización obrera internacional a través de la creación de la Comisión Central Europea en 1867, que unió a los trabajadores de Londres, París y Bruselas. La influencia de las ideas comunistas y socialistas cristianas³ indujo claramente a un sindicalismo de combate contra el sistema político-económico capitalista, mostrando que desde el principio, la división entre las luchas económicas y las luchas políticas fue siempre algo arbitrario y poco consistente en la práctica. Así, la huelga general de Barcelona de 1855 (Viva Espartero" Asociación o muerte. Pan y trabajo") tuvo un carácter esencialmente político, mezclando protestas contra la represión promovida por el General Zapatero y reivindicaciones económicas (por mejores salarios y contra la

3 La creación de las Internacionales (1848 - Primera Internacional; 1869 - Segunda Internacional; 1914 - Tercera) y el influjo de la Encíclica "Rerum Novarum" (1891).

mecanización del trabajo industrial). En 1886, veinticinco sindicatos americanos crearon la Federación Americana del Trabajo, que es reconocida por la Ley Sherman (1890)⁴. A partir de entonces, hubo un reconocimiento internacional del derecho a la sindicalización a partir del Tratado de Versalles de 1919⁵, que culminó con la creación de la Organización Internacional del Trabajo⁶.

El comienzo de las rebeliones industriales fue temporal, y una de las primeras fue el movimiento "ludista"⁷ que tuvo lugar en Inglaterra entre 1811 y 1812, que protestaba contra la sustitución del trabajo humano por máquinas. En este sentido, se puede considerar el primer movimiento obrero que pone en tela de juicio las relaciones laborales y las condiciones de trabajo. Señalar este movimiento como una de las primeras expresiones de la huelga no debe sorprender, en la medida en que admite que las múltiples expresiones colectivas de descontento obrero pueden adoptar el nombre genérico de huelga, lo que demuestra que ciertamente la lucha de los trabajadores ha tomado diferentes formas a lo largo del tiempo.

Al final de los trabajos de las primeras coaliciones, existía el deseo de dejar el trabajo definitivamente, incluso porque los trabajadores, en general, eran jornaleros, y no se podía hablar de continuidad en la relación laboral: cuando el trabajador no iba a

4 Y, muchos años más tarde, consolidada por la Ley Wagner (1935).

5 En virtud del artículo 427 del Tratado de Versalles, el trabajo ya no se considera una mercancía o un artículo de comercio y los empleados y los empleadores tienen ahora derecho a afiliarse a un sindicato de conformidad con la legislación de cada Estado miembro.

6 Sólo en la 26ª Conferencia de la ONU en 1944 se reconoció formalmente el derecho efectivo a organizarse.

7 Un movimiento inglés liderado por Ned Ludman que predicaba la destrucción de la maquinaria de las fábricas (1811 y 1812). En 1812, el parlamento inglés creó una ley que castiga la destrucción de máquinas con la pena de muerte.

trabajar, era reemplazado inmediatamente. En un entorno tan inestable, la terminación colectiva del trabajo no tiene necesariamente un propósito reivindicativo específico. Estas movilizaciones colectivas pueden entenderse como de naturaleza explícitamente política, de protesta de los trabajadores contra las condiciones de trabajo insoportables, dirigidas a la sociedad - y no tanto contra un empleador específico. Por lo tanto, la mejor comprensión de la huelga no puede limitarse a las manifestaciones en el lugar de trabajo, sino que naturalmente se expande más allá, a toda la sociedad, llevando los piquetes de movilización a otros lugares de trabajo, aunque estén lejos de la periferia del lugar de trabajo, también a las calles, a las plazas. Son voces que, saliendo de una relación previamente confinada en la fábrica, comienzan a recorrer toda la ciudad, clamando por la urgencia de mejores condiciones de trabajo y vida.

Estos hechos históricos demuestran que la huelga, incluso bajo la forma tradicional de abstención colectiva de trabajo, no se originó tanto como una presión sobre los tomadores de servicios, ni estuvo vinculada a una reivindicación profesional específica. En su origen, el cese del trabajo era una manifestación explícita de la insoportabilidad de las condiciones de trabajo, expresando la protesta y la denuncia, un llamamiento elocuente - no tanto al tomador del servicio - sino a toda la sociedad. El contenido de la protesta y la denuncia social conduce a una generalización y politización casi natural, siendo estos piquetes la expresión evidente de un conflicto abierto y llamando a la participación de toda la sociedad en su resolución. El conflicto va más allá de los límites sectoriales y se convierte en algo de interés para toda la comunidad.

En muchos casos, los reclamos no son específicos de una categoría o fábrica en particular, sino que cubren un amplio espectro de reclamos que incluyen condiciones de vivienda, salud, transporte, educación, etc. Por lo tanto, ni siquiera la reivindicación básica implícita de toda la huelga (regreso al trabajo con mejores condiciones laborales) puede estar presente, porque en la deflagración unilateral del supuesto pacto

laboral que sustentaba la relación laboral no existe ni siquiera el compromiso de negociar la reanudación de la prestación de trabajo.⁸

En tal contexto, tratar de aislar la huelga de su inevitable dimensión política no parece tener mucho sentido.

1.1.2 La huelga como herramienta histórica para los trabajadores

Estudiar cómo se ha presentado la huelga a lo largo de la historia es una forma de entender su importancia y significado social hoy, quizás precisamente para reconocer que tal importancia y significado han cambiado considerablemente y que la huelga de hoy no puede ser la misma que la de ayer.

Cartografiando la historia de la huelga a partir de Jean-Marc Olivier, Ronald Amorim e Souza (2007, p.25-8) identifica la primera huelga, al menos en el sentido moderno, que tuvo lugar en un sitio a orillas del Sena, entre jornaleros, ya que, en ese momento, la contratación del trabajador se hacía todos los días, con los trabajadores llegando a la puerta de la fábrica en busca de trabajo. Este lugar de París (hoy el 4º Arrondissement), conocido entonces como Place de l'Hôtel de Ville, era el lugar de encuentro de los trabajadores que no podían encontrar trabajo a las puertas de la fábrica ese día y que podían ser encontrados allí por los potenciales empleadores en

⁸ En la primera fase del sindicalismo inglés, la ruptura unilateral del contrato de trabajo se consideraba un requisito previo para la huelga.

busca de mano de obra. Como había mucha grava ("huelga")⁹ traída por el Sena, la plaza pronto se llamó "Place de grève", asociando la palabra "huelga" a una situación de no trabajo. Fue en este lugar donde los trabajadores - generalmente jornaleros - estaban insatisfechos, regresando cuando se negaban a trabajar, a veces esperando mensajes para cualquier negociación, a veces esperando que apareciera un nuevo trabajo (según A. Crouzel¹⁰ y Paul Pic¹¹, citado por SANTOS, 2007, p. 27). Este período, llamado por GARMENDIA ARIGÓN (2019), como la "fase fundacional de la huelga", se podría decir que la huelga fue poco más que una forma, a través de la reducción concertada de la prestación laboral, de presionar a los empleadores para ofrecer condiciones de trabajo más ventajosas. Como el trabajo se reconoce como voluntario -que no podía ser impuesto al trabajador-, tenía poco que hacer, la patronal y el Estado tuvieron que aceptar la legalidad del movimiento, concentrando la represión en los huelguistas durante sus manifestaciones públicas, especialmente cuando había piquetes. En un contexto económico en el que el empleo se estaba volviendo escaso debido al gran número de trabajadores desempleados, las manifestaciones públicas se convirtieron en una denuncia social que iba más allá de los empresarios, también contra el Estado.

La misma situación, de abundancia de trabajadores desocupados, se produjo en las principales ciudades de Europa: Milán, Manchester, Liverpool, Birmingham, Ruhr,

9 La definición de "huelga", según Petit Larousse, es Grève - una palabra que significa "tierra plana y unida, cubierta de cementerio y arena, a lo largo del mar o de un curso de agua".

10 CROUZEL, A. "Étude historique, économique et juridique sur les coalitions et les strikes dans l'industrie. Paris, 1867, p. 6.

11 PIC, Paul. "Traité élémentaire de législation industrielle. 6^a ed. Paris, 1931, p. 109.

Berlín, Barcelona, Donetz, Lyon, Bruselas. Tales ciudades, entonces en vertiginoso crecimiento debido a su industrialización, mantenían condiciones de vida precarias, especialmente para la población pobre: pequeñas casas que no recibían sol, no tenían ventilación e iluminación, ni una forma adecuada de deshacerse de la basura doméstica que se tiraba a las calles, o que también se utilizaba para criar cerdos; se formaron los distritos industriales, para que los trabajadores vivieran cerca de las fábricas, pero éstas estaban sucias, contaminadas y muy ruidosas. Las casas donde vivían los trabajadores, en general, antiguas casas familiares transformadas en viviendas, donde cada habitación albergaba a una familia, donde cada cama era compartida por entre tres y ocho personas de diferentes edades. Incluso las nuevas casas se construyeron con material barato y sin cimientos. Las condiciones sanitarias eran muy precarias: El Informe sobre el Estado de las Grandes Ciudades y Distritos Populosos de 1845 señaló que en Manchester alrededor de 7.000 personas usaban sólo 33 en privado, causando enfermedades, epidemias y revueltas entre la clase obrera y aquellos grupos descalificados por las elites (mendigos, sinvergüenzas, vagabundos y multitudes hambrientas). Esta situación empujó a los trabajadores a la convocatoria de "jornadas revolucionarias", especialmente en Londres y París (AHISTORY, 2018).

En un entorno de tal precariedad material e insoportable desde el punto de vista moral, se puede decir que la explosión de revueltas en forma de protestas y huelgas era inevitable. Así se puede vislumbrar el verdadero origen de la huelga: una abstención del trabajo, esencialmente colectiva, aunque bajo la apariencia de una acción individual, colectivizada en el pleno ejercicio de un derecho a no contratar, originalmente no destinado a presionar por mejores condiciones contractuales - sino por mejores condiciones generales de vida - y gradualmente (dada la precariedad de las condiciones económicas y políticas de los trabajadores) conducida por la realidad económica y política al seno de las relaciones contractuales entre el trabajador individualizado y un empresario (que, por definición, representa a un colectivo corporativo y a una clase social bien organizada y que detenta hegemoníicamente el

aparato estatal). A partir de reivindicaciones eminentemente políticas, la huelga ocupa ahora el espacio mucho más limitado del contrato individual de trabajo, la lucha restringida por la mejora de las condiciones de trabajo y bajo una justificación moralmente inexpugnable, la de garantizar su propia supervivencia y la de su grupo familiar.

Gradualmente, en los diversos órdenes laborales justos, la coalición de trabajadores adquirió especial relevancia al convertirse en el instrumento institucional mediante el cual los individuos buscaban compensar la debilidad económica característica del trabajador en relación con el empleador, y comenzó a tener especial significación en la organización y realización de instrumentos adecuados para el logro de sus intereses colectivos y proporcionales (PERRONE, 1996, p. 15). La coalición, entendida como el antecedente inmediato de cualquier medida de fuerza que los trabajadores se propongan alcanzar (RUPRECHT, 1972, p. 520), encontró en la huelga el arma más eficaz para obtener, a través del daño económico impuesto al empleador, el éxito de sus reivindicaciones.

Esto ha sido así a lo largo de la historia, convirtiéndose la huelga en el "derecho primario y más fundamental de los trabajadores conquistado después de más de un siglo de lucha y sufrimiento", el instrumento más poderoso para la eficacia de la organización sindical frente al poder de organización y dirección de la patronal y el gobierno del Estado (VALVERDE, 1972, p. 33). Como ya se ha mencionado, no se puede decir que la huelga fue la primera expresión de la lucha de los obreros. Lo que se puede decir es que el cese del trabajo a través de la coalición de los trabajadores fue una de las primeras formas, y sin duda la forma más eficaz, de resistir a los abusos de los empleadores, dando expresión concreta a los deseos colectivos de los trabajadores. La huelga, por lo tanto, acompañó el crecimiento organizativo del movimiento obrero, de modo que la regulación legal del derecho de huelga representó, en cada momento, un compromiso social de aceptación institucional de las demandas de los trabajadores

a través de determinados procedimientos de presión legitimados por el ordenamiento jurídico.

Según Cabanellas (GARCÍA, 2012, p. 7), el origen castellano de la palabra "huelga" es la expresión "helgo" (del latín "follicare" - respirar o, en sentido figurado, tomar aliento), que representa el largo tiempo que alguien está sin trabajo. Lo mismo puede decirse del término "huelga" en español¹² o "sciopero" en italiano¹³, es decir, hay una clara conexión de la expresión con la idea de una retirada colectiva del trabajo para reclamar mejores condiciones de vida (MARTÍNEZ, 2011, p. 711). En inglés, la palabra "strike"¹⁴ proviene del bajo alemán ("striken" o "Herumstreichen") y tiene el mismo significado que la palabra francesa "vagabonder" ("vagabundo" o "persona que no trabaja") (ZACHERT, 2005, pág. 113).

La huelga como derecho a no trabajar es una consecuencia del reconocimiento del trabajador como persona libre y , a regañadientes, como ciudadano. La huelga acompañó la larga evolución del "derecho al trabajo" en un contexto en el que la disponibilidad del trabajador como fuerza de trabajo se consideró siempre la contrapartida necesaria de su condición de ciudadano, mientras que la ocupación efectiva de esta fuerza de trabajo disponible nunca se consideró como un deber, ni por parte de los poderes públicos ni por parte de los tomadores privados. Fue una época de condena a la ociosidad y al trabajo improductivo en la que la centralidad de las

12 Muy similar a la "huelga" francesa.

13 En italiano "sciopero" - que tiene el mismo prefijo que sciolto ("suelto"), significa "libre de vínculos, de ataduras".

14 En inglés "strike" significa golpe, ataque, embestida.

políticas públicas, desde el siglo XIX, proscribió a los "mendigos y vagabundos" (CASTELS, 1996, p. 495), en la que el trabajo, lejos de ser visto como un derecho inherente a la condición humana, fue visto como un deber de ciudadanía. Sin embargo, incluso en este entorno de proscripción "no laboral", nunca se ha negado doctrinalmente el reconocimiento del derecho del individuo a negarse a trabajar como corolario natural de la naturaleza contractual del trabajo¹⁵. No hay que olvidar que el mito de la "libertad contractual" del trabajador siempre ha sido el principal elemento legitimador del uso de la fuerza de trabajo por parte del trabajador desde los primeros días del capitalismo.

Así, el derecho individual a rechazar el trabajo siempre se ha proclamado inviolable. Por el contrario, la idea de una abstención colectiva y concertada del trabajo fue considerada desde el principio como una de las formas más nocivas de coalición, siendo combatida históricamente desde finales del siglo XVII, ya que limita la "libertad de trabajo", entendida así como la "libre competencia de los trabajadores entre sí para ofrecer su fuerza de trabajo" (K. Korsch, citado en BAYLOS, 2016-2).

Por lo tanto, contrariamente a una necesaria autocontención con abstención individual del trabajo, en el caso de la abstención colectiva, el Estado se ha caracterizado por utilizar su autoridad para imponer una conducta pasiva a los trabajadores, beneficiando a los patrones, persiguiendo a los líderes de los trabajadores y haciendo ilegales los sindicatos. El estigma de la subversión, la agitación y la anarquía se opone a las huelgas.

¹⁵ Aunque, en la práctica, la mendicidad y la abstención del trabajo están penalizadas hasta el día de hoy, como recientemente en Dinamarca (EL PAÍS, 2018).

Así, la huelga se asoció al contrato de trabajo, cristalizando características accesorias que, a partir de entonces, acompañarán una cierta visión de la huelga a lo largo de la historia. La primera de ellas es que la abstención del trabajo es, al fin y al cabo, siempre una decisión individual, algo que no se puede aceptar sin algún matiz. Aunque, evidentemente, la decisión de unirse a la huelga es individual, siempre expresa un problema colectivo: que el mantenimiento/ejecución del contrato de trabajo no resulta satisfactorio o razonable, lo que hace que el futuro de los trabajadores sea incierto. La solución no puede ser individual, sino que es necesariamente colectiva, un problema social, ya que nace de una incapacidad concreta y actual de lograr un equilibrio que asegure la estabilidad esencial de la propia producción. El surgimiento del derecho de huelga se explica por la evolución social, pero sobre todo por la fuerza colectiva de la lucha de los trabajadores que, superando la dura represión, ha obligado al Estado a reconocer el conflicto; a admitir la representación colectiva de los propios intereses de los trabajadores; a aceptar la huelga como un instrumento de autotutela y a crear su propio espacio de discusión y decisión sobre sus urgentes demandas de mejores condiciones de trabajo y vida¹⁶.

También se puede señalar un segundo elemento en relación con la huelga: exigir que ésta tenga una motivación suficientemente "de peso" para justificar el uso de un entorno considerado altamente conflictivo y peligroso para la estabilidad social. Por lo tanto, en general se piensa que una huelga sólo puede ser aceptada cuando hay

16 Con cierta exageración, una opinión entusiasta cuando se trata de los méritos de la negociación colectiva: "El camino de la negociación parece lo más indicado, si no lo único, en condiciones de dar fruto, para el equilibrio de las relaciones laborales, del que depende, cada vez más, el equilibrio social de todo el mundo" (RODRIGUES PINTO, 2007, p. 762) traducido.

"cuestiones económicas serias" en juego, que por lo general se consideran desde una perspectiva individual¹⁷.

Este tipo de consideración no parece coherente, dada la situación casi siempre subordinada y vulnerable del trabajador en el contrato de trabajo. La abstención de trabajar para uno mismo, por los riesgos que implica para el trabajador y su familia, da testimonio de la seriedad de sus propósitos y exigencias. De hecho, el estallido de la huelga, en sí mismo, muestra que, para el trabajador, el contrato de trabajo se ha vuelto gravemente insatisfactorio, ya que, de lo contrario, el trabajador no se aventuraría a los riesgos de la no retribución, el desempleo y las represalias del empleador.

Finalmente, un tercer elemento menos obvio debe ser apreciado. La huelga es pensada básicamente como un asunto entre actores privados, que sólo merece la interferencia de las autoridades públicas cuando los efectos de la huelga llegan a terceros. La teoría del carácter necesariamente contractual de la huelga corresponde también a la idea de que los intereses en juego en ella tienen una dimensión esencialmente individual -y, por lo tanto, desaconsejan -cuando no interdicen- alguna intervención pública. Sobre la base de un pensamiento socialmente insensible, las consecuencias de la huelga deben ser asumidas por los individuos según sus decisiones individuales¹⁸. Por lo tanto, como se ha mencionado, no se sabe que las consecuencias

17 Las huelgas de los funcionarios, por ejemplo, a menudo son despedidas por "innecesarias" precisamente porque el salario del empleado es generalmente mayor respecto del trabajador medio y la supervivencia del trabajador o su familia no está realmente en juego...

18 Lo mismo ocurre con la dramática posibilidad de que un trabajador se declare en huelga y obtenga otro empleo, asegurando así su propia supervivencia.

para el trabajador son muy diferentes de las consecuencias para el empresario. Se piensa que el éxito de la huelga puede ser ventajoso para el trabajador, pero, en general, el peso de la "derrota" no es muy significativo para el empresario: conceder algo a cambio del fin del movimiento huelguístico está siempre dentro del ámbito de la decisión empresarial en el curso de la huelga. Se puede decir que no hay fracaso para el empresario: él mismo establece el límite de sus pérdidas. El fracaso de la huelga, por otra parte, puede tener resultados desastrosos para el trabajador individual, a menudo la pérdida del trabajo en sí. Por lo tanto, los riesgos de la decisión de ir o no a la huelga son individuales - pero, en general, las consecuencias de tal decisión pueden ser dramáticas sólo para los trabajadores. No es lógico pensar en las consecuencias que debe asumir el individuo como corolario de sus propias decisiones cuando se desconoce la asimetría de la relación de trabajo. La grave inseguridad individual de un importante colectivo de trabajadores no puede ser percibida como un mero asunto privado. Además, no hay forma de relegar la cuestión de la huelga a un simple desacuerdo entre los contratantes de una relación privada, sin saber que los límites y posibilidades de esa contratación están completamente determinados por las condiciones socioeconómicas en las que se inserta esa relación contractual, y respecto de las cuales el Estado no puede eximirse de responsabilidad. Esta característica, de la invisibilidad de la injusticia intrínseca del tratamiento supuestamente neutral y equidistante del Estado en relación con las consecuencias de la huelga, es también una de las características que marcan la visión individualista del derecho de huelga. Sin embargo, hay que recordar que esa "equidistancia" siempre ha sido históricamente

bastante dudosa y sólo se estableció cuando la huelga llegó a ser reconocida como un derecho de los trabajadores -y ya no como un crimen a reprimir o un fenómeno inevitable a tolerar. Ciertamente, pero destinado a ser, a regañadientes y con moderación, garantizado por el Estado.

Esta participación estatal en el conflicto también ha cambiado con el tiempo. Una vez constatada la imposibilidad práctica de suprimir la lucha social, le correspondió al Estado no sólo tomar nota formal de la existencia de la huelga, sino también adoptar medidas que fueran más allá de la mera represión, pero también canalizar el conflicto colectivo hacia una negociación pacífica obligatoria en la que las demandas de los trabajadores se presenten como exigencias que no puedan ser ignoradas por los empresarios y el Poder Público.

El reconocimiento del derecho de huelga como un logro histórico debe ser atribuido principalmente a la lucha de los propios trabajadores, pero en un análisis realista, también ha satisfecho las necesidades del propio sistema económico capitalista. Según Giuseppe Cocco, (2008, p. 62), citando el "New Deal del gobierno de Roosevelt, que buscaba centralmente superar la depresión de 1929 en los Estados Unidos, la huelga funcionó como una herramienta de regulación

" que obligó "a cada capitalista individual (para el cual, en el nivel micro, el salario era un costo que debía ser contenido) a transmutarse en un capitalista colectivo (es decir, a razonar en el nivel macro, en el cual el salario era un determinante fundamental de la demanda que debía sostenerse).

Además, el reconocimiento de la huelga como un derecho es "innegablemente interesante para los poseedores de los medios de producción" (BABOIN, 2013, p. 37) y perfectamente coherente con los principios del propio sistema capitalista.

Cuando se entiende la fuerza de trabajo como una mercancía extra dentro del sistema económico actual, hay que reconocer que, a diferencia del empresario, que puede disponer a su antojo de materias primas, máquinas y productos -incluso vendiéndolos o almacenándolos estratégicamente, siguiendo las leyes de la oferta y la

demanda-, el trabajador no puede almacenar su producto (la fuerza de trabajo) a la espera de mejores precios: debe vender su producto inmediatamente, sin poder esperar un momento de apreciación. Se trata de una "desventaja estructural" que debe ser compensada por la regulación política (OFFE, 1989, p. 127). Por esta razón, para Roberto Santos (1993, p. 123) la huelga representa una "práctica totalmente comprensible desde el punto de vista ortodoxo" de almacenar temporalmente la fuerza de trabajo para forzar un aumento de precio o un cambio en las condiciones de uso de este "producto". Así, "el rechazo de la huelga de la derecha constituiría una irremediable contradicción lógica de la política del capital, una postulación de asimetría sin ninguna justificación dentro de los supuestos de la clásica propuesta igualitaria de la burguesía" (SANTOS, 1993, p. 124).

Por esta razón, la observación de que el reconocimiento de la huelga como un derecho de autodefensa del trabajador dentro de un orden jurídico burgués es correcto se hace desde la perspectiva de la legalidad definida por el consenso de los grupos sociales de la élite - y, por lo tanto, definitivamente como una imposición del más fuerte. Esto explica por qué la regulación de las huelgas se considera generalmente como una limitación de la acción (cualquiera que sea), de tal manera que cualquier extravasación por parte de los huelguistas implica no sólo la pérdida de los beneficios esperados, sino también la imposición de sanciones y reparaciones. Para autores como Spaventa (2016), la regulación siempre significa empobrecimiento o pérdida de alternativas para los huelguistas.

Así, incluso desde el punto de vista de la reproducción del sistema económico y político, se justifica una participación activa del Estado en la regulación del derecho de huelga. En un primer momento, se presenta como una participación meramente formal, como la de un árbitro neutral y supuestamente indiferente al destino de las demandas propuestas, en la que el Estado se presenta como patrocinador y garante de un escenario en el que la solución debe encontrarse en un libre juego de presión entre las partes. En una "ecuación" teórica entre esas fuerzas contrastantes tan desiguales por un

mero ejercicio colectivo del derecho a abstenerse del trabajo, correspondería al Estado evitar un daño excesivo a las propias partes y a la propia colectividad. Tal "demasiado daño" por parte de los trabajadores consistiría en posibles represalias del empleador contra el ejercicio de la huelga; por parte de los empleadores, la no percepción de los beneficios derivados de la actividad empresarial temporalmente paralizada. El Estado también participaría en la facilitación del diálogo entre los contendientes, ya sea regulando el proceso de negociación o, en algunos casos, apareciendo también como mediador y, excepcionalmente, como árbitro. Cuando aparece como intermediario en las negociaciones, es indudable que el poder de persuasión estatal es grande, lo que hace muy tentador para el corporativista acoplar las demandas de los trabajadores con las conveniencias políticas del gobierno, haciendo que el movimiento sindical como cliente dependa de las políticas públicas.

Así, la contrapartida del reconocimiento del derecho de huelga fue una innegable "domesticación" de la huelga, ya que se fueron creando gradualmente elementos de regulación del ejercicio de la huelga que redujeron su eficacia reivindicativa, mitigando los posibles daños a los empresarios y a la comunidad; restringiendo su alcance e intensidad; limitando su fuerza e intensidad para hacerla pacífica y ritualizada -en algunos casos, casi simbólica-. Una visión restrictiva del derecho a la huelga desconoce que la huelga es un acto de autocomplacencia, negando en la práctica la posibilidad de que la huelga perjudique legalmente al empleador, haciendo que la huelga sea sólo un elemento auxiliar del proceso de negociación. En este contexto reduccionista, la huelga *sólo puede ser puesta en marcha para la*

negociación y el daño al empleador debe ser bastante moderado¹⁹. La huelga pierde una parte considerable de su poder efectivo de presión directa sobre el empleador, volviéndose demasiado dependiente del poder de denunciarla a la sociedad, es decir, de la capacidad de los trabajadores -básicamente a través de acciones directas que escapen al patrón de la huelga clásica- de crear hechos políticos que atraigan la atención del público en general y del Estado en particular, de manera que presionen al empleador para satisfacer las demandas de los huelguistas.

Este concepto de huelga fue engendrado en el espíritu del capitalismo liberal, en el que el principio de la propiedad se exagera y, de manera funcional, su ejercicio debe tener lugar teniendo en cuenta el bien común y el propósito social.

1.2 Desarrollo del derecho de huelga

1.2.1 La huelga como equivalente a la ociosidad voluntaria y el delito de coalición.

La historia del derecho de huelga muestra que su regulación ha ido siempre acompañada del reconocimiento de los derechos de los trabajadores, evolucionando en línea con la libertad sindical como un valioso espacio para la producción de mayores niveles de derechos y condiciones más favorables para el progreso social.

¹⁹ En este contexto, la huelga deja de jugar un papel preponderante y decisivo en el éxito de las reivindicaciones de los trabajadores y se convierte en un elemento secundario y accesorio de la negociación, que pasa a depender más de la eficacia de una buena negociación y de las repercusiones favorables en la opinión pública.

La comprensión de la huelga, por así decirlo, "evoluciona" de ser percibida como una amenaza para la buena convivencia social a ser vista como un inconveniente inevitable y, más recientemente, como el ejercicio de un "derecho desagradable" (MARQUES DE LIMA, 2014, p. 13). Según Santiago Pérez de Castillo (1993, pág. 42), la huelga se considera, desde el punto de vista del derecho, sucesivamente: a) como un delito; como una infracción civil; c) como una libertad individual -si permite que la huelga se lleve a cabo sin generar responsabilidad-; d) como un derecho legal y constitucionalmente reconocido.

En la misma línea, está muy extendida en la doctrina la idea de una clasificación naturalista²⁰ de la evolución del sindicalismo y del derecho colectivo, según la cual, desde el punto de vista normativo, habría tres fases que se producirían aproximadamente en la mayoría de los países más desarrollados del Occidente capitalista, siguiendo un guión muy similar. Así, los autores suelen dividir la historia de la lucha sindical en tres fases: prohibición, tolerancia y reconocimiento legal, aunque los propios autores advierten (Ruprecht, 1995, p. 72 y Antonio Ojeda Avilés, 1995, p. 101) que tales fases no se dan de la misma manera y en el mismo orden en todos los países, y que ni siquiera existe una clara separación entre tales fases, que se entremezclan, y no se puede hablar de fases necesarias ni de un sentido unívoco, y mucho menos sin retrocesos. Así, los esfuerzos por concentrar la fase de represión de la huelga en un determinado período de tiempo parecen no ser recompensados, porque

20 Un grave error al pensar que esta evolución es "naturalista" es el riesgo de abstraer el papel relevante que los trabajadores han desempeñado en este cambio, negando la historicidad de los movimientos de lucha por esta evolución (BABOIN, 2013, p. 33).

la huelga, a lo largo de la historia -e incluso en el momento actual- siempre ha sido reprimida. Por otra parte, como parece demostrar la historia de Brasil, la fase de "tolerancia" tampoco parece necesaria, y puede decirse que circunstancias históricas particulares pueden determinar la ausencia de una clara fase de "libertad de huelga".

La huelga surgió antes - o al menos concomitantemente - al asociacionismo. Giuliano Mazzoni (1972, p. 7) separa cronológicamente las tres fases del derecho de asociación como: a) fase de represión: de la Revolución Francesa de 1789 a 1824; b) fase de tolerancia legal: de 1824 a 1871; c) cara de reconocimiento o protección legislativa: de 1871.

El inicio de la fase represiva se remonta a la Revolución Francesa, siendo la norma represiva particularmente emblemática para las asociaciones de trabajadores la Ley de Capellanes (17/6/1791). La fecha fijada, 1824, como transición de la represión a la tolerancia, coincide con la Ley Francis Place (Inglaterra), que ya no consideraba a las asociaciones profesionales y que tipificaba como delito, siendo una importante referencia histórica a el "Trade Union Act" (1871²¹), que, de forma pionera, otorgaba personalidad jurídica a las asociaciones profesionales y a los empleadores y reconocía la posibilidad de celebrar convenios sobre las condiciones de trabajo (SANTOS, 2007, p. 34). Esta última fecha coincide con la transición de la fase de tolerancia al reconocimiento legal. En la misma línea, en 1884, la Ley francesa Waldeck-Rousseau, al tiempo que derogaba la Ley Le Chapelier, que permitía la formación de

21 Hasta entonces, los sindicatos eran organizaciones ilegales y los sindicalistas declarados conspiradores (CARBY-HALL, 2005, p. 28).

asociaciones profesionales sin autorización gubernamental, les exigía que depositaran sus estatutos y la lista de sus directivos (ibíd., pág. 35).

Así, tal división, si bien debe ser entendida como una simplificación histórica que retrata mejor la realidad de Europa Occidental, tiene el mérito de resaltar, al menos doctrinariamente, la expectativa de que la lucha sindical se incorpore gradualmente a la realidad institucional, marcando esencialmente un cambio notable en la postura del Estado en relación con la lucha organizada de los trabajadores, el cese colectivo del trabajo y sus repercusiones en el sistema jurídico (BRITO FILHO, 2012, p. 257). La evolución del derecho de huelga se presenta también en estos mismos tres momentos distintos²², aunque, naturalmente, hay que distinguir las fases históricas del derecho de asociación y del derecho de huelga²³.

Antoine Jacobs (1994, p. 240) también menciona como los "tres modelos ideales", que de ser así se caracterizarían:

- Represión: en la que la política estatal veta toda acción de los promotores de las relaciones laborales modernas, especialmente de los sindicatos, que persigue a sus dirigentes y torpedea los métodos de regulación colectiva. Los instrumentos de poder de los que puede servirse el Estado son muchos: prohibición en base al derecho penal; medidas policiales (detenciones, disolución de reuniones, confiscación de propaganda

22 La excepción es Santiago Pérez de Castillo (1993, p. 42), que divide el derecho de huelga en cuatro etapas: a) como delito; b) como delito civil; c) como libertad individual -si se permite la huelga sin generar responsabilidad-; d) como derecho legal y constitucionalmente reconocido.

23 Los autores difieren enormemente en relación con los acontecimientos que marcan el comienzo o el final de estas fases. Así, por ejemplo, MBOMIO NVÓ (2013) entiende que el inicio de la "fase de tolerancia" se produciría sólo en la primera mitad del siglo XX y se extendería hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, lo que a su vez marcaría el inicio de la fase de reconocimiento.

y muchas otras). En muchos casos la represión puede estar claramente dirigida contra el movimiento sindical; en otros, tiene lugar en formas más sutiles.

- Tolerancia: significa que los sindicatos y las asociaciones patronales pueden operar legalmente. Los trabajadores y los empleadores tienen libertad de asociación; los sindicatos tienen el derecho de reunión, el derecho a la prensa, a cobrar las cuotas de los miembros, a tener una sede, etc. Son libres de negociar con los empleadores y de firmar convenios colectivos. En cierta medida, esta libertad también incluye la libertad de acción colectiva (huelgas, piquetes, cierres patronales, boicots, etc.).

- Reconocimiento: implica la existencia de actitudes positivas por parte de los poderes públicos, la patronal o los sindicatos hacia las acciones emprendidas por cada una de las instituciones y que son los pilares del funcionamiento del sistema de autonomía colectiva. El reconocimiento puede producirse mediante declaraciones solemnes (como en la Constitución de la República de Weimar en Alemania); mediante una serie de medidas legislativas o administrativas; o por el efecto de la jurisprudencia que refleja una política de reconocimiento. En todos los casos, el primer paso es que los empleadores abandonen su comportamiento antisindicalista y acepten el sindicalismo como un poder social equilibrador. Además, la promoción activa de la fuerza vinculante de los convenios colectivos y (normalmente) el reconocimiento de derechos positivos para llevar a cabo la acción sindical es también un síntoma de reconocimiento. También hay que considerar las llamadas políticas "integradoras" o "institucionalizadoras" que incorporan a los representantes sociales (trabajadores y empleadores) en las instituciones públicas y otorgan funciones públicas a las instituciones dirigidas por los sindicatos y los empleadores.

Así, se puede señalar, como rasgo característico, para diferenciar la fase de mera tolerancia de la fase de reconocimiento, la acción del Estado en la promoción activa del sistema de autonomía colectiva, a través del reconocimiento de derechos positivos en este sentido, mientras que, en la tolerancia, dicha acción no va más allá

del otorgamiento de inmunidad frente a las prohibiciones del derecho penal o las responsabilidades del derecho civil (JACOBS, 1994, p. 240).

Aunque el derecho de asociación de las clases trabajadoras pronto fue reconocido como un derecho inherente de la ciudadanía, la huelga sólo fue tolerada mucho tiempo después. Por lo tanto, uno puede incluso cuestionar lo que se entiende por una "fase de tolerancia" - y si tal fase realmente existió. Porque, aparentemente, esto se caracterizaría por una "superación de la fase represiva", cuando es cuestionable si la represión de la huelga ha cesado, en algún momento, por completo. Por otro lado, parece estar diciendo que en la "fase de tolerancia" sería el estado "neutral" e indiferente al conflicto - cuando esto, también, nunca ocurrió. El Estado siempre ha estado involucrado en el conflicto -y casi siempre- al servicio del mantenimiento del "status quo". En Brasil, la huelga siempre existió como una ilegalidad hasta la redemocratización de la posguerra y esta realidad no ha cambiado desde la Constitución de 1946, y los huelguistas siempre han sido objeto de persecución por parte del Estado, aunque la huelga ya no estaba expresamente prevista como un delito por la ley penal.

Lo que varió fue la intensidad y el significado de esta intervención. Desde la represión abierta y dura del movimiento huelguístico hasta la autocontención regresiva que, en su conjunto, mitiga el ejercicio de la huelga a ciertos parámetros predefinidos; desde el rechazo total de las demandas de los trabajadores hasta el incentivo a la negociación colectiva - e incluso la tolerancia de la parálisis del trabajo como instrumento de autotutela - siempre y cuando se limite a formas e intereses previamente considerados lícitos.

En cualquier caso, dicha división triádica tiene su utilidad como una forma de medir el grado de intensidad de la intervención estatal, algo que puede asociarse a un determinado tipo de estado. Así, la primera fase, la del huelga-delito, estaría asociada al modelo de Estado autoritario; la huelga-libertad, a los Estados liberales; la huelga-derecha, a los Estados democráticos modernos de derecho, especialmente a los

llamados Estados de Bienestar Social. Es necesario relativizar dicho esquema, ya que no es posible discernir con tanta claridad dichas fases, pero puede ser útil cuando se trata de comprender la evolución que, en cierto modo, han experimentado casi todas las normativas nacionales en esta materia.

1.2.2 - El delito de huelga

En esta primera fase (la huelga como delito), el Estado no reconoce ningún beneficio social a la huelga, considerándola únicamente como un hecho perjudicial, que perturba la economía y la paz sindical; por ello la prohíbe por razones de orden público y la castiga como un delito. Esta hipótesis expresa una concepción autoritaria, típica del primitivo estado liberal, "cuyo espíritu de libertad ilimitada lleva a temer en la huelga una práctica monopolística perjudicial para el bien supremo de la libertad comercial". En esta concepción, la huelga está prohibida, sea cual sea la forma que adopte, constituyendo una prohibición general que a priori niega la lógica del conflicto colectivo, como si se tratara de una manifestación patológica. (PERONE, 1996, p. 26-7).

El Estado no dudó en cumplir su "deber represivo" de buscar aplastar cualquier expresión de inconformidad por parte de los trabajadores, especialmente cuando se traduce en una forma organizada de lucha colectiva. La represión de la huelga se produce tras una persistente persecución de cualquier forma de coalición obrera.

La prohibición de la huelga se produce en paralelo con la represión de la organización de los trabajadores. Como recuerda Baylos Grau (2014), el primer

reconocimiento de la existencia de sindicatos proviene precisamente del Código Penal. Así, en Francia, la prohibición de las coaliciones se remonta a la Ley “Chapelier”²⁴ (1791), a la Ley 1803 (que prohíbe y castiga las coaliciones) y al Código Napoleónico de 1810 (que prohíbe las asociaciones). En Inglaterra, se hace referencia a la “Combination Act”, Ley “Pitt” (1799) y a la Ley “Sedition Meetings Act” (1800), que prohíben las organizaciones o reuniones de trabajadores que tengan "el propósito de mejorar los salarios o de influir en las condiciones de trabajo por parte de los autores del delito de sedición y conspiración" (ROMITA, 1976, p. 31).

La historia cuenta la dura lucha por la organización de los trabajadores, contra la severa represión estatal, utilizando coaliciones clandestinas y formas de organización disfrazadas, como el culto a los santos y entidades de benevolencia, en aquel entonces con la participación activa de la Iglesia Católica (SANTOS, 2007, p. 32). La persecución no se extendió a ningún tipo de organización profesional, con el Estado velando por la "libertad de trabajo" en el sentido liberal, de liberar cualquier restricción a la acción del mercado, en el mismo sentido que determinó la prohibición de las corporaciones de oficio.

Como ejemplo de estas restricciones, el artículo 20 del Código Rural francés (1791) prohibía a los campesinos y a los trabajadores domésticos unirse para aumentar o fijar los precios de los ingresos o los salarios. Por otra parte, el artículo 415 del Código Penal imponía una pena de prisión de uno a tres meses a las coaliciones de

24 Según Mario de La Cueva, la Ley “Chapelier” fue la "declaración de guerra que lanzó el Estado burgués individualista y liberal contra los trabajadores" (SANTOS, 2007, p. 33).

trabajadores que tuvieran por objeto paralizar el trabajo, y los dirigentes del movimiento recibirían penas de dos a cinco años.

La huelga fue identificada como un disturbio político, con el que no hubo tolerancia. Por lo tanto, el reconocimiento del derecho de asociación sindical implica también un compromiso expreso de separación de las organizaciones sindicales y las organizaciones políticas. La separación formal entre las organizaciones sindicales y las organizaciones políticas tiene lugar a través de la creación de partidos obreros - como el Partido Socialista Obrero Alemán (1875) y la declaración de neutralidad política de los sindicatos en Francia (Carta d'Amiens, 1906). En Brasil, al menos desde 1932²⁵, la huelga fue declarada como delito, y para la Constitución de 1937, se trataba de un movimiento antisocial, que "era malo para el trabajo".

El dictado de la huelga no se limitó a las formas más explícitas de calificar la huelga como delito, sino que también puede caracterizarse por formas más sutiles, en las que la huelga se admite formalmente como posible, pero exige tantos requisitos que su ejecución se hace imposible, lo que termina "empujando" la huelga a la ilegalidad.²⁶ Tales regulaciones que establecen condiciones imposibles de cumplir, en el caso brasileño, sólo muestran que el debate sobre la naturaleza pacífica y legal de la huelga está atrasado con respecto a otros países.

25 La idea de que la huelga hasta 1932 fue "tolerada" por el ordenamiento jurídico no parece correcta, ya que la persecución de los líderes de la huelga y de las asociaciones sindicales caracterizó a la Antigua República.

26 Así, la disposición de que las decisiones de huelga se aprueben en una asamblea general en la que estén presentes al menos dos tercios de los miembros de la categoría, aprobándose la propuesta por mayoría absoluta de los presentes, tal y como figura en el proyecto Aloysio Nunes (CONJUR, 2001) para regular el derecho de huelga de los funcionarios públicos en 2001, de hecho apenas disimula la clara intención de hacer imposible -y por tanto ilegal- la acción de huelga.

Para la justicia brasileña, la discusión de Walter Benjamin sobre la huelga como un ejercicio de autodefensa²⁷ (DYMENTMAN, 2001) siempre se ha entendido a la inversa, como si la huelga fuera intrínsecamente violenta y, por lo tanto, mucho más que una excepción al monopolio estatal de la violencia, como una anomalía sistémica.

De hecho, cualquier intento de paralelismo en la discusión del derecho de huelga en Brasil con el de otros países - especialmente los europeos - necesita ser bastante relativizado, aunque los conceptos y las situaciones involucradas parezcan similares y aunque sea posible rastrear el origen básicamente europeo de los conceptos manejados por la doctrina brasileña. Una de las principales diferencias es que, a diferencia de situar la huelga en el contexto de la lucha social, el pensamiento de la justicia nacional contempla un derecho de huelga sólo "sobre el papel" - y no basado en la vida real - sin tener en cuenta que la lucha social que produjo las normas legales. En una tradición centralista del Nuevo Estado Getulista, las normas legales son pensadas como concesiones que deben ser cuidadosamente medidas por los especialistas en ingeniería social. Incluso cuando se pretende la "actualización del derecho de huelga" - como en el caso de la ley de huelga de 1989 - muchas de las soluciones "europeas" propuestas son, de hecho, adaptaciones mucho más forzadas y no digeridas de institutos extranjeros a la realidad brasileña, antes que trasplantes exitosos al suelo nacional de los mismos conceptos consolidados - a menudo durante siglos - en los sistemas jurídicos europeos. Conceptos que pueden tener perfecto sentido en las condiciones sociales, económicas y culturales específicas de esos países,

27 La huelga en sí misma no es una violencia, ya que sólo es un medio para restarle violencia a los patrones.

pero que son inadecuados en realidades muy diversas, como las de países como Brasil. En este sentido, hay que recordar la lección de Herrera Flores, de que la lucha por los derechos humanos -y el derecho a la huelga es un derecho humano esencial- se deriva de procesos culturales específicos que varían de un país a otro, lo que, por definición, lleva al rechazo de las "ideas universales" o de las soluciones prefabricadas a problemas distintos, aunque un lenguaje similar pueda hacer que dichos problemas parezcan iguales.

De hecho, incluso el reconocimiento normativo de la existencia nacional del fenómeno de la huelga (las primeras huelgas generales brasileñas datan de principios del siglo XX) fue siempre algo nebuloso, de modo que, incluso desde el punto de vista formal, es difícil caracterizar un período en el que la huelga fuera "tolerada" en el Brasil, ya que, independientemente de lo que afirmaba la ley, la huelga siempre fue duramente reprimida en el país, hasta la promulgación (e incluso después) de la Constitución de 1988.

Por otro lado, sólo desde la Constitución de 1988 se puede afirmar que la legislación constitucional brasileña ha dejado de lado una larga tradición antirrevolucionaria, en la que el significado de la huelga estaba más asociado al crimen o a un problema de emergencia que a su significado real (JUCÁ, 1991, p. 112).

Así pues, aunque la huelga ha sido formalmente objeto de una disposición constitucional desde 1946, sólo se puede afirmar que la huelga es efectivamente un derecho de la Constitución de 1988. Sólo entonces se puede hablar realmente del ejercicio de un derecho, ya que, hasta entonces, la huelga siempre ha sido considerada, en la práctica, como una huelga ilícita; o, como mínimo, una ilegalidad tolerada a costa de la sociedad.

La razón profunda de este hecho radica en la característica profundamente elitista y antisindicalista de la élite brasileña para la cual "la parálisis colectiva para trabajar aparece como una invasión inaceptable del patrón ancestral de la cultura que

impregna la visión de las relaciones laborales del empleador brasileño" (CRIVELLI, p. 1416).

1.2.3 - La huelga como libertad

No fue la huelga la que creó la lucha de clases, pero es una de sus expresiones, impuesta por la propia estructura social (Lyon-Caen, citado en MALHADAS, 1986, p. 192). Como hemos visto antes, el fin de la prohibición de la huelga no fue sino una gran lucha y resistencia de los obreros. La dura represión de los sindicatos y de la huelga fue superada poco a poco, ampliando los espacios de libertad hasta llegar a la etapa en que la huelga fue admitida, tolerada, pero aún malévola e incluso vista como un recurso antisocial.

En este segundo momento histórico, el Estado deja de considerar como delito a la coalición (salas intermedias del siglo XIX) y las entidades sindicales empiezan a ser toleradas como entidades de hecho, sin reconocimiento legal. La huelga deja de ser considerada un delito y ahora se ve como un mero ejercicio fáctico de una libertad.

La libertad de huelga se produce en medio del reconocimiento del derecho a la libre asociación sindical que surge a finales del siglo XX, cuando se revoca la legislación represiva y prohibitiva. En Inglaterra, en 1824, se despenaliza el delito de coalición obrera -aunque con la previsión de castigos contra la violencia y los actos de intimidación que acompañaron al movimiento de huelga- y, en 1825, se reconoce el derecho a la asociación sindical, que se produce definitivamente en 1833. Lo mismo ocurre en Alemania (1869); en Dinamarca (1874); en Portugal (1887), en Italia (1889-90) y en Bélgica (1898). En los Estados Unidos, la libertad sindical es canalizada por la Corte Suprema de Massachusetts (Commonwealth v. Hunt) en 1842 (ROMITA, 1976, p. 31-). En todos los países, las leyes penales se han flexibilizado en relación con el derecho de reunión (AROUCA, 2013, p. 17).

Esta complacencia con el auge del movimiento obrero no se produce sin una resistencia teórica. Por ejemplo, a Giuliano Mazzoni, contrariamente a la huelga, le cuesta entender por qué el Estado renuncia a su propia autoridad en los conflictos laborales colectivos y a su propia responsabilidad de regular la vida social, admitiendo así una vuelta al ejercicio directo y posiblemente arbitrario de sus propias razones, Já Alcalá-Zamora y Castillo afirma que la autodefensa como trabajador es un medio de lucha propio del anarquismo (MALHADAS, 1986, p. 192).

Quizás la crítica más contundente y conocida proviene de Carnelutti, para quien la huelga no es más que una "enfermedad social", resultado de una guerra entre clases sociales, para la que el Estado de Derecho no debería ser complaciente, considerándolo como una verdadera figura delictiva que debería ser prohibida y guiada en un proceso de su erradicación (GARCÍA, 2012, p. 26).

Júlio Malhadas (1986, p. 192), entendiendo que la huelga es "una prueba de la ausencia de poder estatal" y que, a la luz de la ley, no es como si se hablara realmente de un derecho de huelga. Por lo tanto, basándose en los pensamientos de Gallart Folch, Planiol, Colson y Pérez Botija y de los brasileños Gabriel Passos y Segadas Vianna, el autor condena el derecho de huelga y sostiene que el derecho sería admitir la "libertad de huelga", una libertad supervisada, no un "derecho". Y concluye: si la huelga no puede ser simplemente prohibida (porque la prohibición sería desobedecida), no debería ser elevada a la categoría de derecho, y menos aún a la de un derecho absoluto, sin límites, sin condiciones (MALHADAS, 1986, p. 193).

La lucha sindical duplicó la resistencia patronal, logrando la regulación colectiva a pesar de la represión estatal. El reconocimiento a través de la norma colectiva precedió al reconocimiento formal por parte del Estado. Como señala acertadamente Antoine Jacobs (1994, p. 240), con sede en Kahn-Freund, éste fue el momento en que se creó un "laissez-faire colectivo" o liberalismo colectivo para sustituir al "laissez-faire individual" en la regulación de las condiciones contractuales de trabajo. En la cúspide de la ideología de la libertad de contrato, un Estado que ya no

golpea duramente a los sindicatos como lo hacía antes, también muestra poca voluntad de fomentar la negociación colectiva. Los trabajadores, confiando en su propia fuerza, por medio de la huelga, buscan crear un contrapoder lo suficientemente fuerte para lograr mejores condiciones de trabajo.

En esta segunda fase (la huelga como libertad), el Estado entiende la huelga como una simple suma de infracciones de los contratos individuales de trabajo y, por lo tanto, como un acontecimiento socialmente indiferente a sus intereses. Lo trata como un hecho colectivo, disuelto en una "pluralidad de incumplimientos contractuales de derecho privado", pero sin consecuencias penales.

Esta hipótesis expresa un concepto de Estado liberal democrático, indiferente al conflicto entre categorías económicas, en el que la sociedad supuestamente asiste como mero espectador, sin ninguna intervención, salvo en las hipótesis de violencia o perturbación del orden público. En esta concepción, la huelga está permitida, aunque existen prohibiciones específicas (incluso penales) para algunas formas de huelga y ciertas maneras de llevarla a cabo, contrarias al interés público.

La verdadera causa de la conquista de la libertad nunca es la benevolencia de los dominantes, sino siempre la resistencia de los dominados. Así, la lucha constante y persistente de los trabajadores precede al reconocimiento de la Ley, consolidando espacios de libertad que nunca constituyen una frontera definitiva, sino que sólo pueden mantenerse por la tensión constante de una lucha permanente, sin la cual siempre existe el riesgo de retrocesos. Lo mismo ocurre con el derecho de huelga, siempre amenazado a lo largo de la historia, sujeto a avances y retrocesos, aunque reconocido como fundamental en la mayoría de las constituciones. Esta situación no es exclusiva de un período concreto, sino que es una característica que marca el siempre difícil "encaje" en el plan de la ley liberal, de modo que la huelga debe ser siempre aceptada por sí misma, admitida a regañadientes por sus propias razones y por su fuerza innegable; en cualquier momento, con cualquier incidente o pretexto, es ilegítima, antidemocrática y situada al margen de la legalidad y, por las más diversas

razones, se le niega su derecho a existir. El otorgamiento de un margen de libertad condicional y siempre sospechoso marca también la huelga en el período posterior, cuando este derecho se consagra formalmente en el sistema jurídico. La concesión del derecho de huelga es siempre precaria y está a un paso del retroceso.

La afirmación de la libertad tan duramente conquistada exige la renovación constante del dominio de tales espacios mediante el ejercicio concreto de un activismo permanente por parte de los sindicatos. El precio de la libertad, en lugar de la "vigilancia eterna", exige la ocupación efectiva de tales espacios de libertad e incluso la presión permanente para su expansión.

La aceptación del derecho de huelga en los sistemas jurídicos nacionales fue gradual y asumida, a medida que se ampliaba la libertad sindical, la anulación de las normas restrictivas que restringían la acción de los sindicatos y la presencia de éstos en la escena política se convirtió en un hecho inexorable.

Por lo tanto, el primer elemento de esa libertad era el derecho a existir legalmente. Además, los sindicatos obtienen el derecho a existir en un entorno de libertad política, en el que la libertad de organización se integra necesariamente con los derechos de reunión y manifestación, la libertad de expresión, así como los derechos políticos en general, sin los cuales la acción sindical queda sin sentido e ineficaz.

Frente a la explotación desenfrenada típica del período de expansión industrial, los trabajadores encuentran en la huelga un medio para obtener un mejor estado de vida, un medio de expresión, casi el único, y, en todos los sentidos, más eficaz (RUPRECHT, 1979, p. 66). La razón por la que el Estado liberal acepta la huelga como un logro legítimo está bien explicada por Pérez Patón, un autor boliviano que, a pesar de su clara antipatía por las huelgas (GUEVARA, 2009), reconoce sin embargo que la prohibición de la huelga contradiría lógicamente la libertad individual proclamada por el Estado liberal. Además, también reconoce que, una vez que se

reconoce la libertad del individuo de abstenerse de trabajar, no hay forma de no entender su dimensión colectiva:

"El Estado liberal acabó admitiéndolo por razones fundamentales: la libertad de trabajo de la que goza cada persona dentro de la ley implica también, en sentido contrario, la libertad de no trabajar si le place al individuo. Esto es evidente en la esfera individual, ¿por qué no debería ser así en el orden colectivo? ¿Existe un derecho para el individuo en el aislamiento y no existe un derecho para el individuo de asociarse con otros compañeros de trabajo? Por otra parte, la coalición y la huelga, lejos de socavar el principio de la libertad contractual, son su más firme apoyo porque dan contenido real a la libertad subjetiva y formalista que otorga el viejo Derecho al trabajador en el acto del contrato y corrige su inferioridad ante el patrón al acordar condiciones de trabajo desfavorables, que aisladamente no puede rehusar ni mejorar, pero que asociándose y por medio de la huelga puede modificar, siempre que sus deseos no se hayan cumplido".

Incluso en esta visión limitada de la huelga, que contempla sólo una dimensión individual desde el punto de vista de la libertad negativa del trabajador, el autor no deja de percibir la huelga en su dimensión colectiva. Sólo reconoce -como no podía dejar de reconocer desde la perspectiva liberal- que la abstención individual del trabajo no constituye ningún delito, pero no protege esta ausencia como un derecho de suspensión del trabajo, ni la reconoce como integrada a un derecho que la trasciende, el derecho colectivo de huelga.

Según DE LA CUEVA (1979, p. 761)

"El siglo XIX no podía entender la huelga; (...) quería convertirla en un derecho individual y por lo tanto suprimió la idea del delito de suspensión de obras, pero no la protegió. Vivió la huelga como un derecho de cada trabajador y no dio frutos" (apud RUPRECHT, ob. cit.)

Hay que decir que el reconocimiento del derecho de huelga por parte del Estado, a partir del siglo XX, no fue ni lineal ni pacífico, no alcanzando nunca una estabilización que lo pusiera al mismo nivel que los demás logros democráticos, como los derechos de libertad de expresión y de reunión. En el itinerario de su reconocimiento, la huelga estaba constituida por "simples soluciones oportunistas, arbitradas por la jurisprudencia o las leyes frente a la presión de la realidad

incoherente, soluciones que luchaban con el espíritu y el sistema de esa Ley" (GALLART FOLCH, 1936, p. 226 apud RUPRECHT, 1976, p. 67). Para Riva Sanseverino (1964, p. 438), la huelga es siempre "un hecho cargado de tantas implicaciones y que, incluso cuando se declara como actividad legal, tiene tantas actividades ilegales que su jurisdicción es extremadamente precaria".

El nivel de libertad alcanzado por la huelga también puede ser visto como una de las más importantes victorias de la clase obrera a lo largo de la historia, pero está lejos de ser definitivo. Por el contrario, sigue habiendo una fuerte oposición al avance en torno a su consolidación, que se mezcla con la clara inconformidad con la libertad alcanzada. Así, SEGADAS VIANA (1959, p. 37) niega incluso la existencia misma del derecho de huelga²⁸.

La conquista de la libertad de huelga enseña una reflexión sobre cómo sólo se hace posible en amplios espacios de libertad, tanto en la sociedad como en el propio movimiento huelguístico.

La huelga también puede considerarse como un proyecto político exitoso, como la culminación de un complejo proceso de ingeniería política por el cual un expresivo número de trabajadores que experimentan la misma situación laboral logran llegar a un consenso en el análisis de sus condiciones de trabajo y de vida; en cuanto al carácter colectivo de sus problemas y la necesidad de luchar colectivamente para resolverlos; arriesgarse seriamente en relación con el mantenimiento de sus salarios, su empleo (y a

28 "No se habla realmente del "derecho de huelga, una figura legal creada por la incapacidad del Estado para resolver los conflictos entre empleadores y empleados. Lo que existe legalmente es la libertad de huelga, que debe estar limitada por la frontera de los derechos y libertades de los demás".

menudo también su libertad); agruparse en torno a reivindicaciones deliberadas también juntas y apostar por la competencia y la seriedad de dirigentes también elegidos por los propios trabajadores. Sin democracia, sin la posibilidad de un debate abierto y libre, sin derecho de reunión, sin libertad de expresión, no es posible construir ningún consenso en la organización del movimiento reivindicativo. Sin libertad, los movimientos no dejan de producirse - porque son los frutos inevitables de la injusticia social inherente a nuestro sistema económico - pero se producen espontáneamente como explosiones sociales que denotan la inexistencia de una dirección consecuente que guíe las demandas en una forma y en un contenido que puedan ser negociadas y atendidas por los empresarios y el gobierno. Una dirección que lleve al movimiento hacia la expresión de una protesta de forma civilizada y menos dañina para la sociedad (en relación con otras formas de protesta y lucha mucho más violentas); que se identifique con el pensamiento colectivo de tal manera que pueda representarlo concretamente, incluyendo la legitimación para negociar el cese del movimiento a cambio del cumplimiento de las demandas; que tenga legitimidad y liderazgo real con los trabajadores para implementar las propuestas acordadas en la mesa de negociaciones y aprobadas en la asamblea general. Las cualidades y la experiencia necesarias para formar tales liderazgos sólo se adquieren en un entorno democrático donde la libertad sindical pueda ejercerse plenamente. La formación de estos líderes capaces y conscientes no sólo beneficia a los sindicatos o a los trabajadores, sino a la sociedad en su conjunto.

Esta es una visión naturalmente optimista pero también realista de la huelga. Siempre es posible pensar de otra manera, entendiendo la huelga -y la propia libertad sindical- como una prevaricación de un movimiento obrero revolucionario que transformaría el sistema económico y político a través de la imposición de hechos. En todo caso, no es razonable negar la importancia del reconocimiento de la libertad para el avance de la lucha de los trabajadores.

Cuando hablamos de libertad para la huelga, es decir, de la abolición de los medios represivos para coaccionar, frenar y castigar al movimiento obrero, hay que tener en cuenta dicha represión, que tiene como objetivo principal mantener la sumisión de los trabajadores a la dominación del sistema económico capitalista. Sin trabajadores disciplinados no hay producción (MENEGHETTI: SAMPAIO, 2016) y la disciplina sólo se produce a través de la combinación de la convicción (aportada por la evidencia de que sin empleo disciplinado no hay otra fuente de subsistencia) y la sumisión (a través del poder de dirección conferido al empleador y también por el poder de policía monopolizado por el Estado). La huelga, ejercida en un ambiente de libertad, es por lo tanto estructuralmente anticapitalista. Por lo tanto, cuando se habla de libertad para la huelga, casi inmediatamente comienza la discusión de que dicha libertad no puede ser "demasiado amplia", no puede ser "ilimitada" ni "incondicional". Casi inevitablemente parece delimitarlo en un "derecho de huelga" restringido, integrándolo en un ordenamiento jurídico en el que competirá con otros derechos, lo que determinará, de manera "ecológica", su existencia y límites de actuación. En este sentido, el reconocimiento de la libertad de huelga se convierte sólo en el primer paso del inevitable reconocimiento del derecho de huelga. Surge la necesidad de que el sistema, casi concomitantemente con el reconocimiento de la libertad de huelga, "reconozca un derecho de huelga" como restricción dentro de ciertos límites de la propia libertad reconocida. Pero también es necesario que el propio movimiento de huelga tenga un terreno más seguro desde el punto de vista jurídico en el que actuar, aunque en ciertos aspectos proporcione una base más sólida para avanzar y obtener una negociación favorable. Por lo tanto, se puede decir que la construcción de un

derecho de huelga sirve tanto a los trabajadores como a los empresarios - y también al Estado.

Tanto es así que hay muchas voces en contra de la regulación del derecho de huelga, por considerar que la huelga es un hecho social incompatible con su regulación por ley, similar a la guerra, como piensa Carnelutti²⁹. Por otro lado, también existe una tendencia doctrinal, particularmente en Italia (MARZAL, 2005, p. 175), que no admite ninguna regulación estatal, ya que necesariamente restringe un amplio derecho constitucional de huelga con el pretexto de regularlo. Romagnoli (1997, p. 43), para quien la cuestión no es regular la huelga, sino protegerla adecuadamente, superando la falsa dicotomía entre libertad positiva y libertad negativa, es más coherente. Así, advierte que una individualización exorbitante y previa de los requisitos de la huelga violaría la dinámica del conflicto (ROMAGNOLI, 1997, p. 212)³⁰.

La mayoría de los países más desarrollados han optado por reconocer el derecho de huelga, con la excepción del Reino Unido y Austria, todos los países han adoptado su propio concepto del derecho de huelga. Esto, visto más allá del mero ejercicio de la libertad, al menos en principio, estaba vinculado a un derecho individual, configurándose como la facultad de no cumplir un contrato, reconociendo que el trabajador podía dejar de trabajar sin que se activara el poder disciplinario del empleador. En otras palabras: el derecho del trabajador a no cumplir temporalmente el

29 Estudio sobre las justificaciones para prohibir las huelgas políticas y de solidaridad con el argumento de que la huelga es una farsa de guerra en GUEVARA, 2009.

30 "Según Ghezzi y Romagnoli, se pretendía decir qué era el derecho de huelga, pero en realidad se determinaba cuál debía ser la huelga" (citado en PEREIRA, 2017, p. 171).

contrato. También por razones históricas, el contrato se identificaba habitualmente como el típico contrato de trabajo, indefinido y a tiempo completo, algo que, con el paso del tiempo, con los cambios derivados de la consiguiente precariedad laboral, redujo considerablemente el alcance de dicho derecho de huelga, restringiéndolo o incluso, excluyéndolo para los trabajadores ocasionales, contractuales, autónomos o estatutarios³¹.

Una vez consolidada la libertad de huelga, los sindicatos se convierten en actores más que necesarios del conflicto: se convierten también en agentes de su solución. La negociación colectiva entre los representantes sindicales de los huelguistas y los representantes de las empresas ha llegado a entenderse como el modelo ideal para resolver el conflicto laboral. Por lo tanto, la cuestión de quién representa a los trabajadores - y tiene la legitimidad para negociar una solución al conflicto de la huelga - se vuelve crucial y se convierte en una fuente de preocupación para el legislador.

El Estado se preocupa así de limitar los contornos del derecho de huelga, para lo cual la existencia de sindicatos legítimos y representativos es algo particularmente importante. Se fomenta la creación de centrales sindicales y, a finales de siglo, existe una actividad de promoción del Estado en relación con la autonomía colectiva (OJEDA AVILÉS, 995, p. 103). Pero en Italia también hubo las primeras comisiones de negocios, que aparecieron después de la huelga general de 1904, sin ningún

31 Esta limitación es cada vez más anticuada e incoherente con los desarrollos de la automatización en el mundo del trabajo, que ha creado una legión de personas autónomas independientes - que tienen muy poca independencia y autonomía.

reconocimiento legal formal. En 1919, con la creación de la OIT, se inició una etapa de reconocimiento internacional de la libertad sindical, que a partir de México (1917) se le dio rango constitucional. En el marco de la constitucionalización social que también tiene como marco de referencia la Constitución de Weimar (1919), el Estado comenzó a reconocer una realidad que ya no podía ser ignorada. Así, en los albores del siglo XX se consagra una tendencia de los Estados a garantizar el derecho a la sindicalización en un modelo de libertad sindical (ROMITA, 1976, p. 31-2), algo que más tarde se convertiría en una característica vinculada al surgimiento del Estado de Bienestar Social.

1.2.4 – La huelga reconocida como derecho

La historia da indicios de cómo la huelga moderna, que sólo pudo haber surgido tal como la conocemos en el capitalismo, comenzó en un momento en el que llevó a la concentración de miles de trabajadores en grandes centros urbanos, permitiendo la conciencia colectiva de los trabajadores en la necesidad de superar colectivamente las terribles condiciones de trabajo y de vida. Rompiendo las barreras institucionales y afirmándose como una realidad ineludible, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la huelga ya no es considerada un delito, sino que su criminalización se limita a los servicios esenciales y a la huelga política (BAYLOS: TERRADILOS, 1997, p. 22-5).

La consideración de la huelga como un derecho no implica otra cosa que la imposición al empresario de la obligación legal de aceptar la huelga y la prohibición legal de reaccionar contra ella con las facultades normales derivadas del derecho

contractual (fin del acuerdo de huelga). Por lo tanto, cuando la huelga ya no se define solamente como la libertad que tiene el trabajador para dejar de trabajar³², sino como un derecho colectivo del que se apropia individual y legítimamente todo el que trabaja, una tarea relevante, en todos los países³³, pasa a ser la de configurar los límites de este derecho, principalmente delimitando los espacios de protección jurídica, en los que, de hecho, la lucha de los trabajadores podría desarrollarse legalmente.

Se puede decir que la huelga es la expresión legal de la lucha de los trabajadores, algo que se ha ganado el cumplimiento y el respeto de una doctrina legal conservadora, como una forma civilizada de promover los derechos de la clase obrera. Así, la utilización de la huelga como herramienta política y jurídica, siempre que se emplee dentro de los límites institucionales, ha sido considerada por la doctrina como la forma más eficaz para que los trabajadores garanticen la protección de todos los derechos económicos y políticos (GARCÍA, 2012, p. 9), sin renunciar a su carácter intrínseco de protesta y denuncia de las condiciones económicas y sociales de las clases bajas. Se trataba de una construcción jurídica de un fenómeno colectivo y reivindicativo o de protesta, y no se puede olvidar, por tanto, que la huelga siempre ha traído consigo un importante bagaje histórico que se refiere a las expresiones de descontento de los trabajadores con las condiciones y la remuneración de su trabajo (URIARTE, 1996, p. 10).

32 Algo que no es más que una mera consecuencia de la libertad de contratar. "Cuando el Estado reconoce al trabajador el poder de paralizar el trabajo, no le concede nada que ya no pueda hacer por sí mismo, a menos que considere la servidumbre como su estado natural" (SÉRVULO DA CUNHA, 1996).

33 En este trabajo, sólo trataremos con más detalle el sistema legal brasileño y, en contraste, el español.

Como menciona Segadas Viana (citado en ROBORTELLA, 1993, p. 80), fue la realidad social y la imposibilidad de encontrar fórmulas que impidieran las huelgas, independientemente de las leyes que las prohibían, lo que llevó a los gobiernos a enmarcar la huelga en el ámbito legal. La idea de dar una figura jurídica a un hecho social surgió como un intento de regular la aparición, el desarrollo y la terminación de las huelgas, reduciendo así sus consecuencias.

En un esfuerzo por anticiparse a la huelga, los gobiernos adoptaron varias medidas legislativas en lo que Héctor Omar García llama la "canalización institucional de la huelga" (2012, p. 9), ejemplificando este procedimiento en la cita de Arnaldo Sússekkind (1951, p. 146):

"No es que las luchas proletarias hayan propendido, siempre, a la obtención de medidas legislativas, como objetivo directo; pero es cierto que éstas fueron, casi siempre, derivas de los movimientos de opinión que aquellas luchas determinan. De ahí surgieron las múltiples doctrinas sociales, desde la de Carlos Marx hasta la de León XIII. Los poseedores del poder estaban, por lo tanto, influenciados por la acción de la fuerza, por los principios doctrinales que aparecían o por la apelación de los excesos que podían causar estos movimientos. Y legislaron, porque reconocemos los derechos y necesidades de los trabajadores o para poner fin a las ganancias".

Así, en una tercera fase (la huelga como derecho), ya no se define la huelga como la libertad que tiene el trabajador para dejar de trabajar, sino como un derecho que pertenece legítimamente a todo el que trabaja. Partiendo del hecho de que la suspensión individual de trabajo no es lícita, se afirma la ley de abandono colectivo de la actividad laboral y se llega a la conclusión de que dicho abandono es un derecho que se deriva de la democratización de las normas legales, al cambiar el propósito negativo de no trabajar por el derecho positivo de suspender el trabajo. Se considera ahora que los trabajadores tienen, en defensa de sus intereses legítimos, el derecho a obtener mejoras razonables y equitativas y, por lo tanto, la huelga pasa a gozar, en la casi unanimidad de la doctrina, "como el ejercicio de un derecho y una legalidad" (Mozart V. Russomano y G. Cabanellas, citado en SAAD, 1993, p. 3-39).

Buscando diferenciar la libertad de huelga del derecho de huelga, Evaristo de Moraes Filho enseña que, en tal contexto, la libertad sólo significa "la ausencia de interdicción, una especie de suspensión del juicio, de neutralidad de la autoridad pública, una condición meramente negativa", mientras que el reconocimiento de la huelga como un derecho implica una situación positiva, es decir, el reconocimiento de un derecho público subjetivo por parte de los trabajadores, sin que el desencadenamiento de la huelga pueda tener efectos suspensivos o resilientes en el contrato individual de trabajo" (MORAES FILHO, 1988, p. 777).

Como explica Jorge Souto Maior (2010a, p. 256), el sistema legal actual ha dado a los trabajadores, en el choque de intereses con el empleador, el derecho a buscar mejores condiciones de trabajo, recreando a partir de la solución dada, el propio sistema legal. La visión tradicional del Derecho contempla, en principio, esta posibilidad como ilegal, sin embargo, en el ámbito laboral, en el contexto del Derecho Social, se convierte en un ejercicio regular de la ley. Abre el espacio para la reconstrucción de los límites obligatorios, sin imponerlo en una contradicción insuperable del sistema legal. Por el contrario, representa un importante factor de estabilización de las relaciones sociales, ya que permite su constante evolución.

Una parte significativa de la doctrina concibe la huelga especialmente como un medio de auto-tutela. Una autoformación imperfecta, como bien señala Ronald Amorim e Souza (2007, p. 45), porque la huelga no es una forma de solución, ya que no conduce a la realización de la pretensión de recurrir a la huelga, sino sólo a "la imposición del interlocutor social recalcitrante de iniciar, reanudar o consentir la pretensión de negociación colectiva".

Para Baylos Grau (2007), ésta es la capacidad de un grupo social de protegerse a sí mismo sin recurrir a mecanismos arbitrados por el Estado para la solución de conflictos laborales. Este poder social se reconoce en las formaciones sociales que representan el interés colectivo de los trabajadores como sujetos subordinados política, social y económicamente. Está directamente relacionada con el compromiso de los

poderes públicos de lograr una igualdad sustancial, proporcionando a los sindicatos los medios para alcanzar un objetivo nivelador y gradualista. Así, dentro de la sociedad capitalista, la huelga aparece como una compensación por el derecho a la propiedad, en función de una distribución del poder social en la sociedad moderna

Con un enfoque coincidente, Ojeda Avilés (1995, 461) considera que el origen histórico del derecho de huelga radica en el hecho de que la huelga aparece como una compensación por el derecho a la propiedad, fundamento de la economía capitalista³⁴.

Para Montoya Melgar, Moreno, Abellán y Sempere Navarro (1984, p. 23), en una definición antológica, la huelga como derecho constitucional, además de ser un derecho subjetivo, legitima los medios de defensa de los intereses de los grupos y sectores de la población socialmente dependientes, reconociendo "un instrumento de presión que la experiencia secular ha demostrado que es necesario para afirmar los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el estado social no puede excluir; por el contrario, puede y debe proporcionarles los caminos institucionales adecuados".

En la definición clásica de Gino Giugni (citada en CRIVELI, 2009, p. 1419), la autoformación puede "expresarse en una variedad de comportamientos cuyo único denominador común es ejercer presión sobre la contraparte para inducirla a hacer o no hacer algo y así determinar un equilibrio entre los factores de producción". En tal definición, la autotutela incluye no sólo la huelga, sino una amplia gama de medios de

34 Así, para el autor, la huelga se erige como un mecanismo al que los trabajadores no propietarios pueden recurrir para equilibrar la fuerza de los empresarios y contribuir a la igualdad material, además de contribuir a la democratización de la empresa.

presión, siempre asegurados a los trabajadores como el objetivo de lograr un mejor equilibrio en su relación con el capital. En el mismo sentido, Russomano (1997, p. 246) quien, repitiendo la definición de Giugni, añade que dicha presión tiene como objetivo obligar al empleador a "mantener o modificar las condiciones de trabajo imperantes, o incluso crear nuevas condiciones de trabajo". Así, la acción directa se legitima, en primer lugar, como una reacción destinada a eliminar la intransigencia del empleador (CRIVELLI, 2009, p 1419).

La huelga, como mecanismo de autotratamiento de intereses, es importante en un ejercicio directo de las propias razones aceptadas por el ordenamiento jurídico - algo que puede causar sorpresa ya que, en general, la Ley representa precisamente una superación del autotratamiento privado por el monopolio de la violencia del Estado, legitimado como la mejor forma de dar seguridad al ciudadano y como el pilar de la propia soberanía del Estado (WEBER, 1919, 132). Esta extrañeza surge, en palabras de Ronald Amorim de Souza (2007, p. 43), de un "primer y precipitado pensamiento", porque no sería un permiso para que el individuo proteja o defienda sus intereses, sin la invocación de los mecanismos y aparatos que el orden público pone a su disposición para este fin. Sólo se produciría en una situación en la que el Estado "reconociendo y asegurando el derecho a su titular, no encuentre la posibilidad de asistirlo rápidamente" y, por lo tanto, lo exima de tener que esperar la acción del poder público (incluyendo la idea de invocar al Poder Judicial o a la policía), bajo pena de daño irreversible. De esta manera, se autoriza la acción inmediata o incluso instantánea del propio titular del derecho. Aún así, hay que considerar que se trata de un autotest "imperfecto", ya que la huelga no autoriza más que el uso de un instrumento de

presión para obtener las reivindicaciones de los trabajadores, y no el bien de la vida misma.

El jurista Washington da Trindade llega a decir que, hasta cierto punto, existe una autorización legal para causar daños³⁵, creando una excepción legal, que es la de admitir el ejercicio directo de la coerción por parte de los individuos, cuando el sentido evolutivo del ordenamiento jurídico se produce en sentido contrario, que es la transferencia al Estado de las diversas (y principales) modalidades de uso coercitivo existentes en el orden social. Se trata de un permiso para "causar daños al empleador"³⁶, inherente al derecho de huelga (SOUZA, 1988).

Godinho Delgado (2002, p. 132) tampoco ve contradicción en el hecho de que la huelga sea admitida por la ley como un ejercicio de autocontrol, ya que esta excepcionalidad se equipara también con otras figuras jurídicas como la autodefensa, el auxilio inmediato en la posesión y la aprehensión personal del bien en prenda legal. Para el autor, la auto-tutela de los trabajadores es un instrumento directo de presión colectiva, que se acerca al ejercicio directo de las propias razones realizado por un grupo social.

La ley penal, identifica en un "estado de necesidad" (o "defensa propia") la justificación para dejar al instinto de autopreservación del individuo la práctica de un acto no admitido en condiciones normales de conducta. ("exclusión de la ilegalidad",

35 Este derecho a "causar daños al empleador en su organización y en su economía" es un logro importante del derecho de huelga (VALDÉS, 2002, p. 14).

36 Además, estos daños deben ser suficientes para que cedan (SINAY: JAVILLIER, 1984, p. 112, apud SOUZA, 1988).

artículo 23 del Código Penal brasileño). En el derecho civil, la ilegalidad (y el posible derecho a indemnización) también se excluye en caso de destrucción de la cosa ajena cuando los actos se practican con el objetivo estricto y dentro de los límites necesarios para superar un peligro inminente (art. 188, II del Código Civil brasileño). De igual modo, en caso de turbidez o desperdicio, se legitima el uso de la fuerza ("desforço incontinenti"), siempre que sea suficiente para su mantenimiento o restitución (art. 1.210, párrafo 1, del Código Civil brasileño)³⁷. También en el derecho mercantil, el capitán del buque o de la aeronave está autorizado a disponer de una parte o de la totalidad de la carga en caso de naufragio o accidente (SANTOS, 2007, p. 44).

No se trata, por tanto, de liberar el instinto primitivo, normalmente violento, de autopreservación del agente, sino de autorizar, según normas adecuadas, la autodefensa de su derecho, ya que no puede esperar una acción inmediata, adecuada y eficaz del Poder Público. El elemento impositivo propio de la autotutela (entendida aquí como mera dominación de la voluntad de un sujeto sobre otro) es superado por la invención civilizatoria, a través de la cual se crean reglas que limitan los actos coercitivos y reducen el daño a las propias partes y a la sociedad, en la búsqueda de un cierto equilibrio entre los actores sociales en conflicto (GODINHO, 2002, p. 150).

1.2.5 - La huelga como derecho constitucional

37 En el Código Civil brasileño se mencionan otros tipos de actividades de autotutela: erradicación de las raíces de los árboles de las tierras vecinas (art. 1.283), retenciones para mejoras necesarias y útiles (artículos 578 y 1.219), por acreedor prendario (art. 1433), de equipaje en las hospederías (art. 1.467, I) y por depósito (art. 644, caput).

La constitucionalización de la huelga marca un nuevo paso en el reconocimiento universal del derecho de huelga. Se trata de legitimar un instrumento de presión para que sea utilizado por los trabajadores en defensa de sus intereses³⁸. La huelga, entonces, en una interpretación gramsciana, toma la forma de un instrumento al servicio de los trabajadores "en la guerra de posiciones en la sociedad para la composición de la hegemonía política". En una lectura constitucional acorde con este pacto político constitucional, la huelga no puede ser vista como un mero ejercicio de autodefensa, ni de "violencia consentida", sino que cumple un importante papel social (JUCÁ, 1991, p. 119).

En el marco de un compromiso social, el espacio reservado a la negociación colectiva -y a la acción de huelga- es esencial para la propia democracia. En este contexto, el Estado ya no puede seguir pretextando la indiferencia en cuanto al éxito de las reivindicaciones de los trabajadores, que, más que explicar los anhelos de una cuota de ciudadanía, son ya una expresión del interés general por mejorar las condiciones de vida de todos y del anhelo de un progreso material que beneficie en particular a la mayoría, en una convergencia hacia niveles de mayor dignidad y de mayor igualdad.

Aunque la huelga reconoce un marcado interés particular, no puede dejar de percibir la huelga también en su dimensión social. La propia constitucionalización de la ley ya podría conducir a una comprensión más amplia de la huelga más allá de los intereses contractuales individuales, en la que el Estado reconozca la utilidad de la

38 La huelga, siendo un modo de expresión del trabajador, constituye el mecanismo necesario para que la democracia alcance relaciones laborales subordinadas (SOUTO MAIOR, 2010a, p. 256)

huelga desde un punto de vista social. Al hacer posible que la huelga satisfaga los propios intereses de los huelguistas, el Estado también sirve a los intereses de la comunidad. Así, la acción de la huelga configura el ejercicio de un derecho verdadero y propio, aunque proteja los intereses generales de los ciudadanos que no son parte del conflicto y que pueden verse directamente afectados por él. La hipótesis corresponde a la visión del estado social, que propone objetivos de justicia social. La huelga es vista desde una perspectiva integral y no como un mero conjunto de hechos aislados, sino como un fenómeno colectivo único y un verdadero instrumento de justicia social. Por esta razón, la huelga está protegida, convirtiéndose en un aspecto esencial de la fisonomía del Estado (PERONE, 1996, p. 26-7).

El derecho de huelga, como se ha mencionado anteriormente, puede ser visto como una forma de auto-tutela que deja a los trabajadores la tarea de definir y construir por sí mismos un espacio de participación en la sociedad nacional, en una idea de asociación con el capital, de una mejor distribución de los frutos del progreso social, de la mejora continua de las condiciones de vida de los trabajadores, en el sentido de construir una mayor igualdad.³⁹ La huelga manifiesta así una "tensión por la igualdad" en el sentido de que "el ejercicio de la huelga tiene el alcance de reequilibrar o al menos mitigar las abismales desigualdades existentes entre las partes involucradas en la relación de conflicto" (CRIVELLI, 2009, p. 1419). La huelga se considera inherente a la sociedad capitalista, como el mero despliegue de sus propias contradicciones, algo que, en las sociedades democráticas, puede y debe ser resuelto

39 En la definición clásica de la huelga de la alta costura como un medio de "autogestión" puesto a disposición del trabajador para llenar el vacío de protección social o jurídica (SAAD, 1993, p. 46).

con los instrumentos de la democracia. Por esta razón, la huelga se opone claramente a las diferentes concepciones del estado liberal y del estado social contemporáneo, porque este último aboga por una igualdad sustancial, promoviendo así nuevos instrumentos legales capaces de eliminar la desigualdad social efectiva, promoviendo la participación de los trabajadores en la transformación de las relaciones económico-sociales en las que intervienen (GUINI, 1991, p. 50)⁴⁰. Para que la huelga cumpla esta misión de civilización, es perfectamente coherente dejar que sean los propios trabajadores quienes decidan si quieren o no hacer huelga y qué intereses quieren defender. La huelga, como un hecho legal, es importante en el reconocimiento del derecho de un trabajador a la inmunidad de las consecuencias normales de no trabajar.

La huelga es un derecho social especial de los tribunales, un "derecho al derecho", es decir, un derecho a modificar o legitimar ciertas relaciones de derecho (PAIXÃO, 2009, p. 65-7). Es decir, un derecho social que deja espacio para el reconocimiento de otros derechos sociales. Por esta razón, le corresponde al Estado, más que a ningún otro, garantizar una protección eficaz. La doctrina de la Protección Deficiente que Canotilho, citada por Mário De Conto (2008, p. 75-76), así conceptualiza, es enteramente aplicable aquí:

“Sin embargo, hay un lado de la protección que, en lugar de resaltar el exceso, revela la prohibición por defecto (Untermassverbot). Existe un defecto de protección cuando las entidades sobre las que recae un deber de protección (Schutzpflicht)

40 Para el autor, el derecho de huelga muestra el fuerte contraste entre el estado social contemporáneo y el estado liberal en relación con el principio de igualdad, ya que este último se limita a la igualdad formal de los ciudadanos.

adoptan medidas insuficientes para garantizar una protección constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales. Podemos formular esta idea mediante una formulación positiva: el Estado debe adoptar medidas suficientes, de carácter normativo o material, que conduzcan a una protección adecuada y efectiva de los derechos fundamentales. La verificación de un estatus legal estatal insuficiente debe tener en cuenta la naturaleza de las posiciones legales amenazadas y la intensidad del riesgo de lesión de los derechos fundamentales”.

En el contexto de la relación laboral contractual, dicha protección implica un "permiso para no trabajar" (MORAES, 2005, p. 510). No hay razón para circunscribir tal deber de protección al contrato de trabajo - y mucho menos restringirlo sobre la base del derecho civil - sino ampliarlo a otras esferas del derecho, vinculándolo con otros derechos fundamentales, como el derecho de libre expresión, de libre asociación y de reunión. En estos términos, Américo Plá Rodríguez predijo hace tiempo que la huelga, como medida de lucha, puede ser adoptada no sólo como una presión para obtener una reivindicación, sino también para "manifestar públicamente una protesta" (SAAD, 1993, p. 46).

Así, al menos desde el punto de vista teórico, se configura una "esfera protegida" en la que el ejercicio de la autoformación de los trabajadores no sólo se tolera, sino que se asegura legalmente, siempre y cuando se circunscriba a determinadas esferas y se limite por otros derechos y no se realice de formas no prohibidas por la ley. La definición y el esquema de dicho espacio protegido depende de las circunstancias históricas concretas en las que se recibió el derecho de huelga en cada sistema jurídico y no se explica satisfactoriamente mediante modelos normativos ya elaborados, sino que tiene en cuenta los ajustes y los desarrollos perturbadores que las luchas de los trabajadores han producido en cada país. Reconocida como un derecho inequívoco de los trabajadores en todas las legislaciones democráticas, la huelga se justifica desde un punto de vista histórico y lógico, como la construcción de un contrapoder social destinado a contrarrestar la magnitud de los instrumentos de presión colectiva de que disponen naturalmente los empleadores y, de esa manera, hacer posible, a nivel colectivo, un equilibrio entre esos contratantes colectivos tan

desiguales (GODINHO, 2002, p. 132). Al cuestionar, de hecho, los poderes empresariales, la huelga se ha convertido en el elemento principal para hacer posible una equiparación entre los empleados y el empleador, creando una equivalencia entre los contratantes colectivos (GODINHO, 2002, p. 150). Por lo tanto, son las asimetrías entre tales contratantes las que explican precisamente la excepcionalidad de la concesión del autotest a los trabajadores - así como la negación de la posibilidad de "lock-out"⁴¹.

Puede mencionarse como un hito incuestionable en el reconocimiento histórico del derecho de huelga el de su constitucionalización, siendo México la primera Constitución que lo incluyó expresamente en una lista de derechos sociales que desde entonces se han incluido en varias otras Constituciones nacionales. De hecho, en general, es posible situar el reconocimiento del derecho de huelga en un contexto de derechos sociales ascendentes a nivel constitucional. El Estado tiene que reconocer ahora una realidad que ya no puede ser ignorada. Las Constituciones mexicana (1917, art. 123) y alemana (Weimar, 1919, artículos 159 y 165) son las primeras que garantizan el derecho de asociación, pero todavía no el derecho de huelga. Desde principios del siglo XX, en todos los países, la idea de garantizar el derecho a formar un sindicato como modelo de libertad sindical se ha convertido en una cierta norma internacional defendida por la OIT. El Estado, que antes prohibía la coalición de los trabajadores, se convirtió en una actividad de promoción de la autonomía colectiva (OJEDA AVILÉS, 1995, p. 54). Francia (1946) e Italia (1948) reconocen

41 Tal como se prevé en varios países, incluido Brasil, está expresamente establecido en la Constitución brasileña.

expresamente, en sus constituciones, el derecho de huelga. Este aumento del derecho de huelga, que es bastante reciente en términos históricos, es bastante significativo en el sentido de que se encuentra en el mismo nivel de protección que otros valores tradicionales, como la vida y la libertad. Desde principios del siglo XX, existe un reconocimiento internacional del derecho de organización (Tratado de Versalles, 1919), que llevó a la creación de la Organización Internacional del Trabajo.

Un papel estructurador de este espacio protegido está reservado - aunque no exclusivamente - a las organizaciones de trabajadores, como consagración del derecho de huelga como instrumento de plena realización de los principios de autodeterminación de las voluntades colectivas, como sustento de las relaciones colectivas y como despliegue inherente de la libertad sindical. Así, prescribe esencialmente un entorno de libertad sindical que permite el desarrollo de un sindicalismo autónomo y activo que puede utilizar los mecanismos de la autoformación como instrumentos legítimos de presión para sus intereses (DORNELES, 2008, p. 38). El contrato colectivo se convierte no sólo en la "ley de la categoría profesional", sino también en el "tratado de paz social" (instrumento para la solución de conflictos relacionados con el cumplimiento de los intereses colectivos profesionales) (PERONE, 1996, p. 18).

Se consideran tres intereses diferentes y posiblemente conflictivos: a nivel individual, el interés de abstenerse de trabajar (del huelguista) y el interés de cumplir el contrato de trabajo (de los trabajadores no huelguistas); a nivel colectivo, el interés de la categoría de trabajadores que, por medio de la huelga, pretenden alcanzar sus objetivos sindicales y el interés colectivo de la categoría opuesta de empleadores; finalmente, a nivel de la sociedad, el interés general de todos los ciudadanos que no pertenecen a las categorías en conflicto que pueden verse perjudicados por las repercusiones del conflicto (PERONE, 1996, p. 25-6). Podría añadirse que, a nivel de la sociedad, también existe el interés de que las partes negocien ampliamente y, de ser posible, logren resultados efectivos para la paz social y la prosperidad general.

Es precisamente en este momento de reconocimiento legal de los sindicatos - en el que la tolerancia aparentemente indiferente al conflicto se transforma en un atento interés normativo al acoger la huelga en el ordenamiento jurídico como un derecho - que se realiza un considerable esfuerzo hermenéutico para discriminar entre las reivindicaciones económicas y políticas en un intento de vetar la acción sindical a favor de postulados "puramente políticos". Al mismo tiempo, hay un mayor esfuerzo a nivel organizativo para separar formalmente las organizaciones sindicales de las organizaciones políticas, amplificando la tendencia observada a finales del siglo XIX a través de la creación de Partidos Obreros -como el Partido Socialista Obrero Alemán (1875)- y a través de declaraciones formales de neutralidad política por parte de los sindicatos (Carta d'Amiens, 1906⁴²).

El reconocimiento del derecho de huelga como derecho fundamental es casi unánime entre los países europeos. En la actualidad, existe una gran aproximación a la legislación de los países más industrializados en cuanto a la regulación del derecho de huelga, aunque existen diferencias significativas en varios aspectos importantes de esta regulación. Cada país adopta un modelo apropiado a su realidad, y no se puede hablar de un modelo internacional. Ni siquiera la OIT presenta un "modelo ideal" de huelga, ni siquiera esboza un concepto de derecho de huelga, aunque sí presenta elementos importantes, especialmente por parte de la Comisión de Expertos, que son

42 La diferenciación entre "huelgas típicas" y "huelgas políticas" es el resultado de este esfuerzo por reducir la lucha de los trabajadores a su dimensión puramente económica, en la que la huelga, castrada de su dimensión política, se convierte en instrumental para la reproducción del sistema económico capitalista.

reconocibles en las regulaciones de la mayoría de los países europeos y latinoamericanos.

Es importante señalar que, en la actualidad, en los sistemas jurídicos de los países de la Unión Europea -con la excepción del Reino Unido y Austria- existe una cierta homogeneidad fundamental en el reconocimiento del derecho de huelga -y no una actitud abstencionista del Estado en las relaciones sindicales (PERONE, 1996, pág. 27).

1.3 - Breve historia de la huelga y la poca aplicabilidad de las "tres fases históricas de la huelga" en Brasil

En Brasil, por razones históricas, el sindicalismo y el derecho de huelga se desarrollaron tardíamente en relación con Europa: hasta finales del siglo XIX, la esclavitud todavía existía.

Cualquier aproximación histórica al derecho de huelga en Brasil tendría que tener en cuenta necesariamente que el trabajador brasileño del siglo XX es esencialmente el resultado de un proceso de colonización y esclavitud de cuatro siglos, en el que la lucha por la resistencia y la libertad también pasó por formas de abstención del trabajo. Se puede clasificar allí tanto las fugas en masa de los esclavos, huyendo hacia el interior, resistiendo en quilombos; como la resistencia pasiva de los indígenas que se negaron rotundamente a trabajar, siendo víctimas de un casi exterminio⁴³. Así, la sustitución de mano de obra indígena por mano de obra africana

43 De los cinco millones de indígenas que existían en el año 1500 ("descubrimiento" de Brasil), quedan unos 500.000. Brasil fue denunciado en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU por "riesgo de genocidio" por

marcó la historia de Brasil y determinó un desarrollo económico tardío de Brasil, altamente vinculado al comercio exterior, generando los llamados "ciclos del oro y de la caña de azúcar"⁴⁴. Más tarde, la sustitución del trabajo esclavo por inmigrantes europeos (principalmente italianos) en las plantaciones - y el impacto de este tipo de trabajador con conciencia de clase -, ya en el "ciclo del café", también marca profundamente la historia de lucha de los trabajadores brasileños.⁴⁵

El 1 de junio de 1857, en Salvador, Bahía, fue la primera "huelga" en suelo brasileño. Esta fue una afirmación controvertida, ya que en realidad se trataba de una negativa colectiva a trabajar por parte de los "trabajadores de la ganancia" (en general, esclavos que prestaban servicios a terceros a favor de las "ganancias" de sus propietarios). No se trataba de una protesta contra las condiciones de trabajo, sino de una protesta como la creación de un impuesto municipal sobre las "ganancias" y, por lo tanto, era un movimiento en el que las reivindicaciones interesarían más (o también) a los propietarios de esclavos. El movimiento no podía caracterizarse como una forma de "lock out", porque la imposición de los "ingresos" también perjudicaba a los trabajadores libres que también prestaban servicios a terceros (SOUZA, 2007, p. 47). Así, en lo que sería la primera huelga brasileña para exigir mejores condiciones de

haber promovido una "profunda extinción" de los pueblos indígenas en el último siglo, pasando del 4% de la población al 4% (ONU, 2016).

44 Según una investigación más reciente del historiador Carlos Silva Jr. (Instituto Wilberforce para el Estudio de la Esclavitud y la Emancipación - WISE de la Universidad de Hull, Reino Unido), más de 1.736.308 personas fueron enviadas desde el litoral de África a Bahía, de las cuales sólo 1.550.335 llegaron vivas (CORREIO NAGÔ, 2018).

45 Aquí, una vez más, las limitaciones de este trabajo lo hacen metodológicamente interesante para las formas modernas de organización del trabajo.

trabajo, aún bajo el Imperio, el movimiento colocó, codo a codo, a los esclavos y a los recién liberados, equiparados en una actividad de servicio - y no típicamente de esclavitud. No se puede dejar de mencionar también la "Revolta do Vintém" (28 de diciembre de 1879 al 4 de enero de 1880), en Río de Janeiro, que sería la primera gran manifestación popular urbana con una reivindicación política claramente republicana⁴⁶.

Tales luchas deben ser consideradas en el contexto de una economía atrasada, basada en el trabajo esclavo, pero integrada contradictoriamente a las principales rutas del comercio mundial cuando, en Europa, ya se pensaba que se habría extinguido. Así, a partir de una gran presión internacional, una victoriosa campaña abolicionista tuvo éxito en 1888 ("abolición de la esclavitud"), con gran repercusión en el mundo del trabajo. La abolición afectó a la principal actividad económica de la época, la cafcultura paulista, que utilizaba básicamente el trabajo esclavo. Fue la negativa de las clases dominantes a contratar a los recién liberados como trabajadores libres, así como las explícitas políticas públicas racistas que predicaban el "blanqueamiento de la raza brasileña"⁴⁷, lo que llevó a políticas que favorecían la inmigración de los blancos europeos, que comenzaron a ocupar gran parte del trabajo agrícola en el campo y también los recientes empleos comerciales e industriales en las ciudades. Estos

46 Los trabajadores libres, agobiados por un pequeño aumento en el precio del transporte público de tracción animal ("veinte réis") que, aunque pequeño, pesaba mucho en el presupuesto doméstico de la población, "golpeaban a los conductores, apuñalaban a los burros, volteaban los tranvías y arrancaban las vías de la calle Uruguay" (ANTONELLI, 2013).

47 La tesis del "blanqueamiento de la raza brasileña" tuvo en João Baptista de Lacerda su principal exponente, que introdujo la tesis eugenista en el país, después de haber participado, en 1911, en el Congreso Universal de las Razas, en Londres (SOUZA: SANTOS, 2012, p. 746).

Europeos, muchos anarquistas o comunistas, fueron los primeros organizadores de sindicatos y tuvieron una participación activa en las primeras huelgas.

De hecho, el asociacionismo en Brasil nunca tuvo, ni de lejos, la dimensión e importancia que tuvo en Portugal y España, limitándose a gremios que prácticamente no tenían otra función que la de los religiosos, bajo el estricto control de los Gobernadores Generales de las provincias, nombrados por la Corte portuguesa (SEGADAS VIANA, 1996, p. 1040). El primer movimiento de huelga típicamente industrial en Brasil tuvo lugar en 1858, con la parálisis de la gráfica de la ciudad de Rio de Janeiro y el primero de larga duración (dos meses), de los zapateros de la misma ciudad, sólo en 1900 (BRITO FILHO, 2012, p. 256)⁴⁸. En 1903, se menciona la huelga de los cocheros y carteros de Rio de Janeiro cuando 40 mil trabajadores paralizaron el transporte de pasajeros, exigiendo mejores salarios y, alrededor de 25 mil tejedores se movilizaron para reducir sus horas de trabajo (GOLDMACHER, 2009, p. 54). En 1906, en Porto Alegre, también en la lucha por la jornada de nueve horas, hubo una huelga victoriosa de los trabajadores de varios segmentos (MELLO, 1980, p. 23).

La primera huelga general tuvo lugar en junio y julio de 1917 y llegó a la capital, São Paulo, y a otras doce ciudades, siendo el primer gran movimiento en la historia del sindicato en Brasil, que incluso movilizó a decenas de miles de trabajadores. Como reflejo de la Revolución Rusa, con la adhesión de los intelectuales

48 Como curiosidad, el primer movimiento obrero paredista ("huelga") en Brasil fue la revuelta de los esclavos del establecimiento de Ponta D'Areia, propiedad del Barón de Mauá, en noviembre de 1857.

y la formación de asociaciones proletarias, la protesta obrera crece (MORAES FILHO, 1964, p. 14).

La represión del asociativismo y de la huelga en Brasil sólo acompañó una larga tradición de dura represión de los movimientos populares, que se remonta al período colonial y continúa con la llegada de la Familia Real a Brasil en 1808 y continúa durante el Imperio. Las corporaciones ya estaban prohibidas por la Constitución del Imperio (art. 179, XXV, 1824). Es curioso y significativo que, en la fecha que Mazzoni señala como el final del período de represión al asociativismo, se promulgue la Constitución Imperial Brasileña, que, en esencia, repite la prohibición de las corporaciones del comercio; algo que se refiere, en Europa, a la Ley Chapelier (1781), evidenciando cómo los tiempos históricos, en Brasil, deben ser entendidos con considerable retraso.

Las primeras Constituciones brasileñas, de 1824 y 1891, no trataban nada sobre huelgas.

La Primera República (1889-1930) se caracterizó por una dura represión de las protestas de los trabajadores, con la expulsión de los extranjeros que participaron en los movimientos y el envío de los líderes al exilio en Oiapoque (Ley Adolfo Gordo de 1907, modificada en 1921). El orden jurídico oligárquico liberal entendía las huelgas como el resultado de una "conspiración", dirigida por elementos "extranjeros", generalmente anarquistas). Al mismo tiempo, se crearon órganos estatales cuya función principal era la represión del movimiento obrero y huelguista (Cuerpo de

Investigación y Seguridad Pública en 1907 y la Sección de Orden Político y Social en 1922 (MELO, 2014)⁴⁹.

La represión histórica del asociativismo en Brasil, por supuesto, también se ha producido, con mucha mayor intensidad en relación con la huelga, se puede decir que el prejuicio contra la huelga ha acompañado toda la historia nacional, por lo tanto, se puede decir que el derecho de huelga nunca se ha consolidado definitivamente en Brasil.

Como testificó Evaristo de Moraes (1914, pp. 59-80),

"Lo más evidente, cuando se produce un cese repentino de la actividad de los trabajadores, en cualquier rama de la industria, es la intervención coactiva de los poderes públicos, que se ponen al lado de los patrones y quieren obligar a trabajar a los que se han alejado de ella. Haya o no violencia por parte de los trabajadores, esta actitud es evidente, sobre todo por parte de la policía, y sólo se puede ocultar durante los primeros días de una huelga, mientras que la irritación de los industriales no llega a su punto máximo, porque todavía confían en la falta de elementos de sus antagonistas. Las detenciones masivas marcan la resistencia de las víctimas de violación".

La primera fase de la regulación legal de la huelga, como en otros sistemas legales, es represiva, siendo el primer documento legal que se refiere a ella de naturaleza penal, en este caso el Código Penal de 1890 (Decreto 847 de 11/10/1890⁵⁰), que caracteriza la huelga como un delito. Más tarde, siguiendo el mismo modelo de los países industrializados, bajo la influencia del Código Penal portugués de 1886, el crimen de coalición y huelga, aunque sea pacífica, fue incluido en el Código Penal de

49 Se haría famosa la declaración, en la época (1920), del entonces candidato al gobierno de São Paulo y futuro presidente de la República, Washington Luís, de que "la cuestión social era un caso policial".

50 La legislación penal aquí citada está disponible en el ANEXO I.

1890 (MORAES FILHO, 1987, p. 7). Considerando la época en que se editó dicha norma (finales del siglo XIX), dicha norma penal era fuertemente extemporánea en comparación con los sistemas jurídicos de otros países. Tanto es así que, todavía en 1890, después de fuertes críticas, se promulgó el Decreto 1162 (12/12/1890), en el que ya no se penalizaba la huelga, sino que sólo se castigaban los actos de amenaza, vergüenza o violencia que se producían durante el movimiento. Así, durante algún tiempo, pasamos a una fase en la que la huelga sería formalmente como la libertad, pero, en la práctica, no se produciría así⁵¹. A pesar de lo que contiene la ley, la huelga fue duramente reprimida y la propia legislación se interpreta cada vez más estrechamente como libertad de huelga.

La represión se agravó cuando Brasil entró en una crisis económica en la década de 1920, básicamente como resultado de una lenta y gradual disminución de las exportaciones de café, agravada por el impacto de la crisis mundial de 1929. Según Luiz W. Viana (apud ARRUDA, 2007, p. 21), estos factores están asociados a la crisis política y a la escalada de la disidencia intraoligárquica y al levantamiento de la juventud militar contra el sistema de orden imperante. En este período comienza la organización político-ideológica de las clases subalternas, lo que fortalece la organización sindical y aumenta significativamente las huelgas.

En esa época, cuando se iniciaba la industrialización en Brasil, concentrada básicamente en las grandes ciudades, la lucha sindical estaba fuertemente influenciada por el anarcosindicalismo, traído principalmente por los inmigrantes europeos, que

51 A Evaristo de Moraes le bastó con ver, con gran optimismo y esperanza, el inicio del reconocimiento del derecho de huelga (AROUCA, 2014, p. 345)

favorecía la lucha directa, revolucionaria y organizada esencialmente al margen de los sindicatos. En esa época, la lucha de los trabajadores era considerada un "fenómeno importado", sin raíces en la sociedad brasileña, siendo fruto de agitadores extranjeros, especialmente anarquistas europeos (ARRUDA, 2007, p. 22).

Entre 1922 y 1926, durante la presidencia de Arthur Bernardes, hubo una represión generalizada de los movimientos sindicales que, en ese momento, se limitaban a las grandes ciudades, prácticamente inexistentes en el campo.

El régimen, en su momento, apostó por el endurecimiento normativo contra la huelga, como el Decreto n. 5.221 del 12/8/1927, que hacía inaplicables los delitos previstos en el Decreto n. 1162. No obstante, la doctrina insistió en que la regulación de la huelga se hacía dentro del marco constitucional, que, en términos equivalentes a lo que sucedía simultáneamente en otros países, no prohibía el ejercicio del derecho de huelga. Como señala Evaristo de Moraes (1986, pág. 58), la libertad de huelga sólo se daba en el campo de la retórica porque, en la práctica, las autoridades administrativas, policiales y judiciales seguían negando el derecho de huelga, al margen de las interpretaciones liberales de la Constitución de 1891. Como dijo el autor, cualquier tipo de huelga, por ordenada y pacífica que fuera, estaba prohibida y era violentamente reprimida, los huelguistas eran arrestados, despedidos de sus trabajos y algunos extranjeros eran expulsados del país (MORAES FILHO, 1986, pág. 776).

Esta situación no ha cambiado sustancialmente desde la Revolución de los 30, con un carácter modernizador, pero fuertemente centralizador y corporativo. Por el contrario, ya en 1932 se introdujo el Decreto-Ley 21.296 para castigar a los huelguistas y a los dirigentes de las asociaciones profesionales con el despido del empleo, que también prevé la expulsión de los extranjeros.

Describiendo la situación política de la época, Evaristo de Moraes Filho (1964, p. 14) informa que Getúlio Vargas, cumpliendo las promesas hechas a los trabajadores durante la campaña de la Presidencia de la República, creó el Ministerio de Trabajo y lo designó "una élite de viejos combatientes de la clase obrera, con un ministro joven e

idealista a la cabeza", iniciando una "fiebre legifera en un afán de quemar etapas" que, en poco tiempo, construye toda una "cifra legislativa" que luego, inspirada en la Constitución de Weimar, se incorpora a la Constitución brasileña de 1934⁵².

Influencia, por cierto, bastante presente desde las primeras normas laborales producidas por el Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio (1930) bajo la influencia del entonces Ministro Lindolpho Collor, así como en los estudios de la Comisión que elaboró el borrador de la Consolidación de las Leyes de Trabajo y Seguridad Social, en 1943. En este marco institucional, el papel reservado a los sindicatos es de asistencia y colaboración con el Estado, considerándose la huelga como un recurso antisocial.

La situación no cambia, incluso a pesar de las pretensiones más democráticas de la Constitución de 1934, que proclama como objetivo la armonización entre el capital y el trabajo dentro de una teoría de integración social. Teóricamente, acoge la tesis de la concesión de una legislación social con carácter preventivo: la "cuestión social" es inevitable y debe ser redimensionada por las clases dominantes: la armonía, la integración social, el equilibrio, la cooperación entre clases son los temas dominantes (ARRUDA, 2007, p. 31). Así pues, la Constitución prevé una lista de derechos sociales (art. 21): salario mínimo, jornada laboral de ocho horas, prohibición de trabajar a los menores de 14 años, vacaciones anuales pagadas, indemnización al trabajador despedido y asistencia médica y sanitaria al trabajador. Los sindicatos, al

52 Influencia, por cierto, bastante presente desde las primeras normas laborales producidas por el Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio (1930) bajo la influencia del entonces Ministro Lindolpho Collor, así como en los estudios de la Comisión que elaboró el proyecto de Consolidación de las Leyes de Trabajo y Previsión Social, en 1943.

menos sobre el papel, comenzaron a tener una importancia institucional sin precedentes, creando una representación profesional en la Cámara (art. 23 párrafos 3 y 9) y prometiendo autonomía sindical (art. 120). También se creó la Justicia Laboral, todavía vinculada, en ese momento, al Poder Ejecutivo. La Constitución de 1934 no se ocupó del derecho de huelga, pero, interpretándolo en el contexto de un supuesto pacto de convivencia social, comenzó a proclamar que, en Brasil, se adoptó un modelo normativo compatible con el "libre de huelga".

Sin embargo, a la hora de regular estos derechos, las restricciones legales existentes en materia de huelgas no se modificaron sustancialmente. Por el contrario, desde la promulgación de la Ley N° 38 de 4/4/1935 (que define los delitos contra el orden político y social), las huelgas están expresamente prohibidas en lo que respecta al servicio público. En relación con los "empleados", aunque la ley exime expresamente de castigo a la huelga "por motivos relacionados con su condición de trabajo", la imputación de "motivación político-ideológica" era a menudo para desestimar la huelga como legítima y penalizarla.

La Constitución de 1934 no duró mucho tiempo, ya que en 1937 Getulio Vargas estableció el 'Nuevo Estado' y se promulgó una nueva Constitución (la 'polaca', por similitudes con la Constitución polaca de 1935 de inspiración fascista). Fue un "terrible revés para el joven movimiento social brasileño, con la institución de normas perjudiciales para la libre manifestación de las clases sociales" (MORAS FILHO, 1964, p. 15). El mérito más grande - casi único - de este fuerte Estado fue la promulgación de la Consolidación de las Leyes Laborales en mayo de 1943, efectiva a partir del 10 de noviembre del mismo año.

Con la Constitución de 1937, la huelga, al igual que el "lock-out", fue declarada un recurso antisocial, perjudicial para el trabajo y el capital, incompatible con los intereses superiores de la producción nacional (PAIXÃO, 2009, p.6); la huelga continuó siendo restringida de facto, sin que la legislación fuera modificada. La primera referencia normativa en el Estado Novo en materia de huelgas sólo se produce

después de la Consolidación de las Leyes Penales de 1932, en el artículo 204, considerando la huelga como un delito.

La idea de "libertad de huelga" está enterrada en la Constitución autoritaria de 1937, en la que la huelga es expresamente conceptualizada como un recurso antisocial, perjudicial para el trabajo y la economía y definida como un delito.

Las siguientes normas infraconstitucionales también caracterizaron la huelga como un delito penal (Ley de Seguridad Nacional, Decreto-Ley 431 de 1938, Decreto-Ley 1237 de 1939, el Código Penal de 1940 y la propia Consolidación de Leyes Laborales de 1943 (CLT), en su momento el artículo 722⁵³. Con el pretexto de compensar el endurecimiento de la ley penal con la huelga, se crea la Justicia Laboral, con el propósito expreso de resolver los conflictos laborales, sustituir la negociación colectiva y proscribir la huelga. La clara intención del legislador constitucional es evidente incluso en la disposición topográfica de ambas normas, incluida en el mismo artículo constitucional (art. 139).

El avance de la legislación social tuvo una dimensión no-negativa de contención de los movimientos obreros, al mismo tiempo que se les criminalizó y sus dirigentes fueron encarcelados⁵⁴. Sin embargo, ni la legislación represiva ni el intento de cooptación de las direcciones sindicales lograron dismantelar el movimiento

53 Algo contradictorio, la propia CLT, de 1943, un hito histórico de los derechos laborales en Brasil, preveía la penalización de la huelga sin la autorización del Tribunal del Trabajo.

54 El "efecto preventivo" de la ley social debería inhibir la producción del conflicto, que, por lo tanto, ni siquiera debería existir: la cuestión social vuelve a ser "una cuestión policial". (Cerqueira Filho, apud ARRUDA, 2007, p. 33).

reivindicativo de los trabajadores, lo que condujo, a través del desuso, a la revocación tácita de muchos de estos dispositivos antidemocráticos.

El mantenimiento de la acción represiva del Estado contra los sindicatos, a pesar de los compromisos del gobierno brasileño de promover normas jurídicas que garantizaran los derechos de los trabajadores (especialmente el derecho a la huelga), causó restricciones internacionales, especialmente después de que Brasil ratificara la Ley de Chapultepec (abril de 1945, México), en la que los países panamericanos se comprometieron a reconocer la huelga y la organización sindical independiente como un derecho democrático.

En marzo de 1946, en vísperas de la nueva Constitución (septiembre), el gobierno del Mariscal Dutra rebajaría el Decreto Ley 9070 del 15/3/1946, que creaba tan graves restricciones a la huelga que era difícil hablar de la existencia de un derecho⁵⁵.

De acuerdo con el texto del Decreto-Ley, las actividades se diferenciarían en principales (donde la huelga estaba todavía prohibida) y accesorias (donde la huelga estaba permitida), algo que aparentemente contradecía la norma constitucional tanto de la Carta autoritaria del 37 como de la Constitución democrática de 1946⁵⁶.

La situación cambió un poco después del fin de la guerra y la aparición de un movimiento nacional de democratización que llevó a la Asamblea Constituyente de

55 En ese momento, irónicamente se decía que la huelga sólo se permitiera a los "empleados de la perfumería" (MELO, 2014).

56 José Martins Catharino (1981, p. 27), con humor, analiza esta situación, diciendo que la norma sufre de un defecto muy raro: inconstitucionalidad sucesiva, doble y parcial, según la Carta de 1937 y la Constitución de 1946.

1946. De hecho, sólo a partir de la Constitución democrática de 1946 (de 18/9/1946) se ha reconocido formalmente la huelga como un derecho de los trabajadores (art. 158), pero aún está pendiente de regulación. Dicha regulación no se produce, aplicando la legislación anterior, en este caso el Decreto 9070, manteniendo las mismas ideas y posturas represivas y antirrevisoras como si la Constitución no hubiera cambiado.

En una decisión histórica sobre la aplicabilidad del Decreto 9070 en un nuevo contexto constitucional (algo que marcó sentencias posteriores del STF sobre el derecho de huelga), el Supremo Tribunal Federal decidió que, aunque larga, merece ser transcrita para que se pueda entender perfectamente la lógica de tal decisión:

"El Decreto 9070 del 15 de marzo de 1946 creó restricciones al ejercicio del derecho de huelga, mayores en el caso de las actividades fundamentales (agua, electricidad, alcantarillado, comunicación, transporte, etc.) y menores en otras actividades, como la referida en el presente disenso, cuando exige que la huelga sea precedida por la fase compensatoria o por la entrada del disenso colectivo en el Tribunal Regional, bajo pena de constituir una falta grave, lo que autoriza la rescisión del contrato de trabajo (Código Penal. Ley de Seguridad del Estado de 1802 del 5 de enero de 1953).

La Constitución del 18 de septiembre de 1946 reconoció el derecho a la huelga, pero añadió que su ejercicio estaría regulado por la ley (art. 158). Por lo tanto, es evidente que, como ha decidido en muchas ocasiones el Tribunal Supremo, no ha revocado las leyes anteriores que reprimen los abusos de ese derecho y, por lo tanto, regulan su ejercicio. Serán revocadas si la Constitución consagra el derecho a la huelga de manera absoluta, sin admitir restricciones a su ejercicio. Pero este no es el caso. Tampoco podría ocurrir en una Constitución que, aun cuando asegure derechos esenciales al régimen vigente, tenga la precaución de condicionar su uso al bienestar social (art. 147).

La Constitución otorgó a la Unión la facultad de legislar sobre las numerosas materias que indica (art. 5, XV). Nunca se pretendió que las leyes previamente promulgadas sobre tales asuntos no permanecieran en vigor, siempre y cuando fueran compatibles con la Carta Magna.

Por supuesto, la nueva ley, que regula el ejercicio del derecho de huelga, no sólo para proteger este derecho, sino también para salvaguardar los intereses de la comunidad brasileña, para que no continúe el régimen de huelgas sucesivas de diversos tipos, justas o injustas, que hemos vivido.

La misma Constitución que reconoce el derecho de huelga, regulado por la ley, instituyó una Justicia Laboral, en cuyos órganos garantiza la paridad de representación entre empleados y empleadores (art. 122, §5) y declara que la negociación individual y colectiva compite con esta justicia (art. 133), y que los preceptos constitucionales deben ser interpretados de manera armónica, para que

uno no destruya a los demás. En el caso que se está juzgando (no se trata de otros puntos en los que las leyes anteriores a la Constitución puedan considerarse incompatibles con ella y, por consiguiente, derogadas), no parece que el hecho de que la ley exija un intento previo de conciliación o de presentar el litigio ante el Tribunal Regional, antes de la cesación de los trabajos, deba prohibir la huelga o negar el derecho a la misma, lo que la ley no podría hacer sin violar la Constitución; se trata únicamente de regular el ejercicio de este derecho con respecto a los intereses del bien común. Recurso extraordinario reconocido y concedido. (STF, Rec. extr. n. 48.207, Rel. Octavio Gallotti). Grifado. Traducido.

Como se puede ver, el STF entiende una supuesta incongruencia del derecho de huelga con el sistema legal brasileño, negando la efectividad del derecho constitucional basado en la regulación. Esta decisión es muy objetable, ya que, como afirma Sérulo da Cunha (1996), "ni la Constitución subordinó el derecho de huelga a la reglamentación, ni el Decreto-Ley Nº 9.070, editado para obedecerlo"⁵⁷.

Así, los mismos instrumentos restrictivos de la huelga del período autoritario se mantienen en una interpretación constitucional muy discutible, con el pretexto, ahora, ya no de mantener el "orden público", sino de un concepto poco desarrollado de "bienestar social".

Así, persistió un trasfondo autoritario en el que la huelga se asoció a un problema de seguridad pública (PAIXÃO, 2009, p. 67).

Así, convivía con una regulación superada por la práctica, pero que persistía como una amenaza continua para los huelguistas, que podía ser activada puntualmente en caso de huelgas más intensas, a discreción del gobierno. A pesar de ello, en una

⁵⁷ Como observa el autor, en aquel momento Ildélio Martins observó que la jurisprudencia no dejaba de "regularizar al legislador, por decreto de marzo, el precepto de una Constitución promulgada sólo seis meses después" (ibídem).

aparente esquizofrenia doctrinal, habló de "libertad de huelga" e incluso del derecho de huelga.

A pesar de autores como Temístocles Cavalcanti, que abogaban por una "interpretación estricta" de las restricciones al derecho de huelga, "persistía una profunda diferencia entre el texto constitucional y la aplicación de la norma" (BABOIN, 2013, p.18-9)⁵⁸, lo que creaba una brecha entre las proclamaciones altisonantes de los textos normativos y la crudeza de la realidad fáctica.

El retroceso institucional desde el golpe militar de 1964 ha tenido graves consecuencias para el derecho laboral. La acción sindical fue duramente reprimida⁵⁹ y la huelga fue restringida por la Ley 4330/64 hasta el punto de que se la conoció popularmente como la "Ley Antigua": se establecieron requisitos tan difíciles que hicieron imposible su puesta en marcha; se prohibieron los movimientos que no tuvieran fines exclusivamente laborales, así como la ocupación del lugar de trabajo. Esta tendencia represiva fue acentuada por la Carta de 1967, aunque el "derecho de huelga" (art. 165, XX) prohibía la huelga en los servicios públicos y en las llamadas "actividades esenciales" (art. 162), manteniendo las normas infraconstitucionales que creaban tantos requisitos para el desencadenamiento de las huelgas que lo hacían prácticamente imposible. Desde la publicación del Acto Institucional No. 5 de 1968, la huelga ha sido nuevamente prohibida e ilegalizada por sucesivas normas legales (Ley

58 Una diferencia que persiste hasta el día de hoy, según el autor.

59 En los "años de plomo", como forma de compensación por la dureza de las medidas del régimen, el Estado Militar pretendía transformar los sindicatos en centros de recreo y máquinas de asistencia (MARQUES DE LIMA, 2014, p. 33).

6128/78, Ley 6158/78, Ley 6620/78 - Ley de Seguridad Nacional, Decreto Ley 1632/78). Algunos de ellos, como la Ley 6620/78, de 17/12/78, llegaron incluso a prohibir la llamada "huelga de tortugas" o "celo", definiendo como delito "la paralización o disminución del ritmo normal del servicio público o de la actividad esencial definida por la ley, con el fin de coaccionar a cualquiera de los poderes de la República; la incitación a la paralización del servicio público o de las actividades esenciales o el cese colectivo del trabajo de los funcionarios públicos". Al final del período autoritario, incluso al margen de la ley, surgieron importantes huelgas que dieron lugar a numerosas detenciones de huelguistas, intervenciones en los sindicatos y muertes de sindicalistas. Las más significativas fueron las huelgas de los siderúrgicos de Volta Redonda (RJ) y de los metalúrgicos de ABC (SP). Fue este "nuevo sindicalismo" (1979-81) el que reunió a 7,2 millones de trabajadores, formados principalmente por metalúrgicos, pero también por obreros de la construcción, maestros, banqueros, médicos y funcionarios públicos, y que incluso llevó a cabo una huelga general (1985) que impulsó políticamente el fin del Régimen Militar, la campaña de elecciones directas y la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (LEMOS, 2016, p. 433).

Finalmente, desde la Constitución de 1988, la huelga está reconocida en la lista de derechos fundamentales (art. 9), aplicable a las empresas privadas, las empresas públicas y las empresas de economía mixta (art. 173, párrafo único) de forma inmediata, previéndose su extensión a los funcionarios públicos mediante una ley específica (art. 37, VII). La Constitución garantiza ahora a los huelguistas el derecho a elegir la oportunidad y los intereses que deben ser defendidos por la huelga.

Pero el desarrollo normativo de este derecho fundamental por parte del legislador y los tribunales fue bastante modesto. A diferencia de otros países, el peso de la doctrina es considerable y la jurisprudencia constitucional es escasa. En parte, por omisión del propio Tribunal Constitucional (el Supremo Tribunal Federal), que se ha mostrado, en relación con la huelga, especialmente recalcitrante a la hora de

adoptar posiciones más claras. La doctrina del STF ha sido tardía, contradictoria y altamente susceptible al surgimiento de hechos sociales, y no existe jurisprudencia que aclare y conceptualice de forma más elaborada el derecho de huelga previsto en la Constitución. Así, por ejemplo, sólo después de décadas de silencio en relación con la huelga de los servicios públicos, el Tribunal Constitucional brasileño finalmente se pronunció, entendiendo la aplicabilidad de la Ley 7783/89 a las huelgas de los funcionarios públicos (Mandado de Injunção STF 670, en 2008⁶⁰) y, más recientemente, sobre la intrincada cuestión del pago por los días de huelga (Recurso Extraordinario 693456, en 2016). En relación al sector privado hay pocas decisiones, por lo que se puede decir que la doctrina judicial en materia de huelgas ha sido llevada elaborada casi exclusivamente, por el Tribunal Superior del Trabajo (TST) y el Tribunal Superior de Justicia (STJ).

Este tardío reconocimiento del derecho de huelga es compatible con un país neocolonial en el que el trabajo está asociado a la esclavitud y a las clases subalternas; con el nacimiento de un asociacionismo sindical marcado por el dirigismo estatal; con una fuerte influencia de modelos importados, especialmente de países europeos. Si sólo a principios del siglo XX se puede hablar en Brasil de los fenómenos de urbanización e industrialización, la huelga sólo aparece como una cuestión digna de regulación estatal al final de la Vieja República, como un "caso policial", una reminiscencia que, incluso inconscientemente, todavía marca el pensamiento jurídico nacional, para el cual la huelga es, sobre todo, una molesta y probablemente

60 En relación con esta decisión, FRAGA: VARGAS, 2010.

innecesaria perturbación del orden, que es deber del poder público prevenir, contener y limitar.

Por esta razón, la clasificación clásica de las tres fases "encaja mal" en la historia del derecho de huelga en el Brasil, porque, a diferencia de lo que normalmente ocurría en otros países, el derecho de huelga, hasta la redemocratización de 1988, sólo existía en el papel y en el gran discurso de la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

La dificultad de reconocer este hecho -que ni siquiera la Constitución de 1988 puede hablar verdaderamente del derecho de huelga en Brasil- lleva a parte de la doctrina nacional a proponer líneas evolutivas tortuosas o imprecisas. Así, la fase de libertad de huelga precedería a la fase de huelga-delito, que a su vez habría sido superada tras la caída del gobierno de Vargas, evolucionando a la fase de derecho de huelga en la Constitución de 1946.⁶¹

Los conceptos detrás de tal posición son claros en Alice Monteiro de Barros:

Como se puede ver, la huelga pasó por la fase de prohibición, con una doble calificación: delito civil, cuya consecuencia fue la rescisión contractual, y delito penal, reprimido como un crimen. En una etapa posterior, la huelga deja de ser un delito penal y continúa como un delito civil; es la etapa de la tolerancia. Por último, la huelga se reconoce ahora como un derecho, incluso a nivel constitucional, considerado como una forma de defensa legítima de los trabajadores, con el fin de obligar al empleador a cumplir sus reivindicaciones. Por lo tanto, la huelga tiende a reequilibrar los factores de producción (capital y trabajo) (BARROS, 2007, p. 1275), traducido.

Desde este punto de vista, se sostiene la teoría de que, desde el punto de vista del "Estado Novo" (1937), habría terminado con el "período de libertad", en el que la

61 Por todos, BELTRAN, 1996, p. 244.

huelga no estaría penalizada, pero tendría garantizado el derecho del empleado a ejercer su derecho a ir al trabajo, teniendo así una "tolerancia" típica de un Estado liberal, en el que la huelga se consideraría sólo un delito civil. En realidad, en toda la Vieja República (1889-1930), los movimientos sociales fueron reprimidos y hubo una persecución criminal de los líderes huelguistas, y no se puede hablar, en sentido estricto, de "libertad de huelga"⁶².

En ese momento, el mundo atravesaba un período de gran turbulencia, con el surgimiento de regímenes de fuerza, marcadamente opuestos a los trabajadores, que perseguían a los sindicatos y al movimiento obrero organizado. El nazismo y el fascismo surgieron como reacción al surgimiento del sindicalismo que amenazaba el poder. En pocos años, los sindicatos fueron aplastados, sus fondos confiscados, los salarios reducidos por decreto y el derecho de huelga prohibido (GUNTHER, 1938, p. 189). En estos países, la concepción corporativista de Mussolini, Salazar y Franco era totalmente hostil al derecho de huelga. Arion Saião Romita (2007) señala a 1922 como el año de la implantación del fascismo, siendo la huelga general italiana de ese año el último esfuerzo del movimiento obrero. Los sindicatos fueron puestos bajo el control efectivo del Estado, prohibiendo la huelga con el pretexto de extender la jurisdicción a los conflictos colectivos a través de los Tribunales del Trabajo, algo que influyó considerablemente en la legislación laboral en Brasil, especialmente la prohibición de huelgas contenida en la Constitución de 1937.

62 Por el contrario, SIQUEIRA (2019) que entiende que el derecho de huelga fue reconocido explícitamente por el STF n, HC 5.910, en octubre de 1920 (ANEXO IV), citando también el artículo de igual contenido del Ministro Viveiro de Castro (1912, p. 261). El autor se pregunta si un cierto énfasis en el análisis histórico por la negación del derecho de huelga no termina por favorecer a quienes, hoy en día, siguen negando este derecho en la práctica en Brasil.

La fuerte influencia de las ideas corporativistas, típica del largo período Getulista, no cambió esta visión claramente prejuiciosa de la huelga, sino que la agravó, ya que ahora la huelga era tolerada, a lo sumo, como un instrumento de presión secundaria a la negociación colectiva que debía tener lugar bajo la mediación del poder público - en este caso, la Justicia Laboral, que era responsable de asegurar que la huelga no excediera los límites estrictos.

Por otro lado, no existía el derecho de huelga después de la redemocratización de 1946, que, como es recurrente en la historia brasileña, constituyó una "salida desde arriba" en la que los intereses más generales de la población fueron poco contemplados. Así, la legislación que restringía el derecho de huelga del régimen anterior permaneció incólume, y no hubo ningún avance efectivo para que el derecho de huelga previsto en la norma constitucional fuera más que una promesa retórica.

Este modelo, a pesar de los avances de la Constitución de 1988, no se modificó, aunque el espíritu del legislador constitucional inspiraba claramente un derecho de huelga más adecuado a la realidad económica, social y política de un país que aspiraba a convertirse en un país industrializado y moderno.

1.4 - Modelos de huelga

1.4.1 El modelo de la huelga clásica o profesional

En una definición estricta, la huelga es una medida de presión que consiste en la suspensión temporal y concertada del trabajo, por iniciativa de los trabajadores y para la defensa y promoción de sus intereses laborales, con abandono del lugar de trabajo. Estamos hablando aquí de la huelga clásica o laboral, tal como se ha tomado y regulado en la mayoría de los sistemas legales y también en muchas constituciones de varios países. Las principales consecuencias de la adopción de tal modelo son la limitación de los sujetos legitimados para el uso de la huelga; la distinción

irreconciliable entre conflictos económicos y jurídicos; la huelga como una excepcionalidad, ya que se convierte en un mero accesorio de la negociación colectiva, sin que ello implique en modo alguno la exteriorización -mucho menos la legalización- de la permanente oposición de intereses entre el capital y el trabajo (NINET, 2012). Así, la llamada huelga "clásica" -que excluiría las formas tradicionales de huelga como la huelga solidaria y la huelga política- se denomina también modelo "contractual" y considera la huelga como un "simple mecanismo de autenticación de la negociación colectiva", restringida a la condición de medio para compensar la debilidad de un grupo laboral en sus relaciones con los empleadores (GARCÍA, 2012), negándole cualquier otra función laboral que no sea la de modificar las condiciones contractuales dentro de una relación laboral.

En oposición a tal modelo, se piensa en otro, llamado "trabajo", en el que la huelga se reconoce como un instrumento de lucha de los trabajadores como clase, presente también en los conflictos sociales inherentes a una sociedad moderna y plural, en la que el conflicto ya no se ve como un "asunto policial" - sino como una política.

La huelga se entiende como una autoformación colectiva que no se limita al "momento culminante del convenio colectivo", sino que es permanente y abarca todos los aspectos y momentos de la vida laboral, lo que supone aceptar que el conflicto es connatural a las relaciones laborales (NINET, 2012).

MARTÍN VALVERDE (1978, p. 97) propone también un tercer modelo, que también puede ser llamado "polivalente" o "mixto", la huelga se concibe como un instrumento de la clase obrera en todas las esferas de la vida social - y no en la esfera limitada de las relaciones laborales. No se desconoce que el conflicto laboral tiene un

"carácter estructural" y, por lo tanto, la huelga no es un "error" o una "anomalía" dentro de la relación laboral (GARCÍA, 2012, p. 33). En consecuencia, la huelga se extiende también a las cuestiones económico-sociales⁶³, diferenciándose de las huelgas "puramente políticas" porque éstas tienen como objetivo la conquista del poder político.

En el sentido de ampliar las posibilidades de huelga legal, Amauri Mascaro Nascimento (1989, p. 394) propone una ampliación a través del concepto de huelga "político-laboral". Según este concepto, aunque la huelga "puramente política" estaría prohibida, se permitiría una huelga que tuviera reivindicaciones dirigidas al gobierno que tuviera un "fondo laboral", es decir, que tuviera reivindicaciones relacionadas con cuestiones laborales. Así, habría dos tipos de huelga que son legales: la "económica profesional" y la "política laboral". El primero estaría directamente relacionado con los intereses profesionales de los trabajadores; el segundo, aunque tenga objetivos políticos, sería legal porque está vinculado a las demandas de naturaleza laboral. Este último es el más aceptado por la doctrina nacional y se encuentra más cercano del concepto que defiende la OIT.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria también limita el significado legal de la huelga a la acción colectiva declarada y llevada a cabo por una asociación sindical⁶⁴ y consistente con el cese o la abstención del trabajo, de forma colectiva y concertada,

63 La acción sindical es decisiva para el desarrollo del bienestar social y económico de los trabajadores (LIRA, 2009, p. 103).

64 Para todos los Arnaldo Sússekkind (2004, p. 471-2) para quienes "El caput del artículo 9 de la Constitución se refiere a los "trabajadores" porque es su deber ejercer el derecho de huelga. Sin embargo, como el objeto de la huelga es la exigencia de mejores condiciones de trabajo o de vida, en defensa de los intereses colectivos de un grupo de trabajadores, éstos deben estar representados por el sindicato correspondiente (art. 8, nº III, de la Constitución), que asume la posición de sujeto activo del procedimiento".

con la evacuación del lugar de trabajo, con el estricto propósito de presionar al empleador para que atienda las demandas de carácter laboral o profesional.

Asimismo, en el mismo diapasón restrictivo, la huelga sólo es lícita cuando sigue un riguroso guión procesal -en general, de difícil cumplimiento- en el que, so pretexto de una negociación de buena fe y de prevención de daños excesivos al empleador, los huelguistas deben limitar el alcance de la huelga a formas y tiempos previamente conocidos y mejor asimilados por el empleador⁶⁵.

En un relevante esfuerzo por desagregar tales conceptos, Héctor Omar García (2012) señala críticamente las características identificativas de la noción restrictiva de huelga⁶⁶, que se han convertido en cuasi-principios en la legislación de la mayoría de los países europeos y latinoamericanos⁶⁷, señalando como sus principales fuentes el pensamiento de Francesco Santoro-Passarelli, Hans Nipperdey y Otto Kahn-Freund, como señala el autor mencionado, tales elaboraciones teóricas han dado lugar a verdaderos postulados, casi principios, que tienen sus raíces en la doctrina, la jurisprudencia y las leyes de varios países de Europa y América Latina (incluido el Brasil), que pueden resumirse en cuatro formulaciones, que se presentan generalmente como cuasi-postulados del derecho de huelga: a) la huelga como abstención del trabajo; b) la titularidade corporativa da greve, excluyendo a los trabajadores y las

65 Estos exigentes requisitos y procedimientos para el reconocimiento de la huelga como legal tienen por objeto controlar estrictamente este derecho (SANTISTEVAN: DELGADO, 1980, p. 22-37).

66 En el estudio citado, el autor traza el origen de las principales ideas que subyacen al concepto clásico de huelga.

67 Teorizaciones "a modo de catálogo", en el argumento crítico de García (2012, p. 28), con indiferencia de los diferentes momentos históricos y los respectivos contextos políticos, culturales y marcos normativos en los que se llevaron a cabo dichas teorizaciones.

coaliciones; c) la huelga como instrumento subordinado de la negociación colectiva y d) un deber implícito de paz laboral al convenio colectivo.

A esta lista de "principios" podría añadirse otra característica del modelo clásico de huelga: la de la "procedimentalización" de la huelga, que es el requisito de que la huelga siga procedimientos predeterminados y estrictos, de lo contrario no se caracterizará como una huelga legal, algo que casi siempre deja espacio para penalizar a los huelguistas. Este "principio", con la marcada influencia de la huelga ritual alemana, tiene una amplia aplicación de la legislación brasileña y latinoamericana, con el apoyo de la doctrina y un gran prestigio en la jurisprudencia⁶⁸.

Como resultado de estas formulaciones, bien conocidas y tomadas como ya clásicas -aunque poco discutidas- se ha derivado el requisito de que la huelga, para ser reconocida por la ley, debe cumplir ciertos requisitos, basados en cinco ideas de fuerza que influyeron fuertemente en el derecho europeo a la huelga:

1. Prohibir cualquier huelga que no se identifique como "cese temporal del trabajo";
2. El derecho de huelga está reservado a las organizaciones sindicales;
3. Vincular la huelga a un fin laboral o profesional, - en general, a un incumplimiento de contrato por parte del empleador - estando prohibida la huelga política o por solidaridad;

⁶⁸ "En América Latina se producen muchos conflictos, pero relativamente pocas huelgas legales" (CÓRDOVA: MORGADO, 1981, p. 281).

4. el carácter subordinado de la huelga en relación con la negociación colectiva, de modo que la huelga en sí misma sólo se justifica en la imposibilidad de obtener un consenso colectivo, siendo inmanente un deber de "paz laboral", implícito en la idea de un convenio colectivo, y

5. La ilegalidad de la huelga cuando no sigue procedimientos estrictos como si fuera un guión conocido.

Así, las huelgas que no cumplen con estos requisitos quedarían definitivamente fuera del "ámbito legal de la huelga"; entre otras, actitudes "inusuales" como el abandono del establecimiento o del lugar de trabajo; cualquier alteración o desorganización de la producción que equivalga a más o menos la interrupción de la prestación del trabajo; huelgas que no mantengan una cierta proporcionalidad entre los daños causados por la huelga al empleador y el sacrificio de los trabajadores estimado en pérdidas salariales.

1.4.2 Huelgas como abstención significativa de trabajo, pacífica, de transición y de procedimiento

Para Amaury Mascaro Nascimento (2006, p. 433), la huelga puede definirse, sin mayores dificultades, como la "paralización concertada del trabajo para postular una reivindicación ante el empleador", en un concepto clásico, presentado, con pocas variaciones, por gran parte de la doctrina nacional. Según el célebre autor, se trata de los "datos intrínsecos de la existencia legal de la huelga", sin los cuales no existiría (BIRTH, 1992, pág. 256).

La insuficiencia de tal definición se evidencia en el hecho de que la cesación del trabajo es sólo una de las formas de acción directa que los trabajadores utilizan en un conflicto de carácter colectivo, siendo el contrato de trabajo sólo uno de los campos en los que se expresa tal conflicto. En un concepto restrictivo, la relación laboral interindividual es utilizada como medio de presión para lograr algún propósito ligado

directa o indirectamente a esta misma relación, de modo que "la continuación de esta relación está subordinada al cumplimiento de ciertas pretensiones: la relación laboral es el fin y, a la vez, el arma utilizada" (RUPRECHT, 1979, p. 51).

En un enfoque más amplio, se puede pensar en la huelga como un "fenómeno social de no colaboración" (VIDA SORIA, 2004, p. 284) en el que se produce, de manera colectiva y concertada, una perturbación del proceso productivo como medida de presión para defender los intereses colectivos o generales de los trabajadores. Un concepto amplificador se encuentra también en Ojeda Avillés (1995, p. 426 apud GARCÍA, 2010, p. 35) que, situando la huelga como un rechazo colectivo y concertado del trabajo en el que los trabajadores se sitúan estratégicamente fuera del contrato laboral - y adoptan así la falta de prestación del trabajo debido como medida de conflicto.

Este conflicto se expresa precisamente en la posibilidad de causar daños al empleador, lo que hace bastante problemática la introducción de conceptos del derecho civil que pretenden definir las relaciones conflictivas de la huelga en base a principios como la "buena fe" o el "abuso de los derechos" (GARCÍA, 2010, p. 41). De hecho, ¿cómo se puede hacer operativo un principio típico de la ejecución de un contrato civil, como la "buena fe", en un conflicto laboral que se caracteriza precisamente por la suspensión de un contrato de trabajo y cuya finalidad es precisamente la de causar daños a la parte adversa? O bien, ¿cómo se puede contemplar la activación de principios propios de un contrato de trabajo marcado por la subordinación (como el "deber de colaboración" o el "deber de lealtad") cuando se trata precisamente de situar el conflicto en un marco de igualdad de las partes implicadas en él?

Quizás la principal consecuencia de esta visión limitadora del derecho de huelga es la exclusión, de plano, de cualquier otra forma que no implique el cese del trabajo, como las huelgas de celo (operaciones estándar) o las huelgas de tortugas, que se considerarían ilícitas y, por tanto, ilegales. Tal restricción no tiene justificación histórica, ya que la huelga, a lo largo del tiempo, se ha presentado de innumerables

maneras, aparte de la abstención de trabajar sin abandonar el lugar de trabajo. Por el contrario, la primera fase de la huelga fue precisamente el abandono del lugar de trabajo, llevado a cabo como demostración de la firme intención de los huelguistas de no volver hasta que las condiciones de trabajo y vida hayan mejorado sustancialmente. Tal abandono no podía entenderse como una renuncia, ni siquiera temporal, al trabajo; sino como una protesta por la apertura de negociaciones que permitieran precisamente proporcionar trabajo en condiciones más dignas. Por lo tanto, el abandono del trabajo no puede entenderse como una característica necesaria de la huelga. Tanto es así que los trabajadores pronto comenzaron a comportarse exactamente de la manera opuesta: la de ocupar las fábricas, también para forzar una negociación y evitar la frustración del movimiento de "huelga".

El cese del trabajo, aunque su principal intención sea normalmente obligar al empleador a negociar, no sólo se dirigía a él, sino también al Estado. En la práctica, la protesta en forma de abstención colectiva del trabajo sólo hizo pública la miserable situación del trabajador y pidió a todos, especialmente a los poderes públicos, una solución a un grave problema social, que no se resolvería sólo en el ámbito profesional restringido. Así pues, la huelga, desde el primer momento, siempre tuvo un claro componente político. Siempre, al pedir mejores condiciones de vida y de trabajo, también se dirigió a la sociedad y al Estado. Esta opción ni siquiera sería necesariamente una acción consciente para los líderes sindicales. Naturalmente, la forma que tendría que tomar la huelga tendría que adaptarse a las necesidades concretas, por lo que no se puede decir que la huelga se haya limitado siempre a la simple abstención de prestar servicios con el fin de ejercer presión sobre el empleador dentro de una relación laboral.

Como ya se ha mencionado, a partir de Héctor García (2012, p.33), la conceptualización de la huelga como simple abstención laboral no es más que una visión muy limitada del conflicto social, que ignora el carácter estructurante que juega en la relación laboral, no ocultando una aversión al conflicto, visto como una anomalía

en el campo de las relaciones laborales. Dicho reduccionismo, proveniente de una tradición complaciente con el autoritarismo y poco tolerante con la huelga, no lo entiende como un derecho protegido constitucionalmente que se relaciona con una voluntad colectiva de rechazar las condiciones en las que se realiza el trabajo que se expresa en un "repudio al trabajo y a su organización en una estructura de producción de bienes y servicios dirigida por el empresario" (BAYLOS GRAU, 2005, p. 89). Habida cuenta del carácter esencial de la huelga, que es una confrontación con el poder organizativo del empleador, no hay manera de limitar este derecho por la mera forma en que se lleva a cabo. Según el magisterio de URIARTE (1996, p. 82), no se puede ignorar que el conflicto, en las relaciones colectivas de trabajo, es lo normal -y no la excepción-, tomando formas muy diferentes, que deben ser objeto de reflexión y acción por parte del Estado, siendo contraproducente que el derecho se conforme con ignorar su existencia, con el pretexto de su atipicidad.

En la búsqueda de las características esenciales de la huelga, se puede entender como huelga cualquier tipo de acción colectiva centrada en generar una perturbación en la relación de trabajo, manifestando una pretensión de alterar las condiciones de trabajo y de vida. En este sentido, Márcio Túlio Viana (1996, p. 285), basándose en Javilier y Palomoque López, identifica la huelga como "toda y cualquier ruptura con la prestación diaria de servicios". De hecho, el concepto de huelga abarca un variado grupo de acciones que pueden o no tener en común la abstención del trabajo (SPAVENTA, 2016). Este concepto amplio incluye no sólo la abstención del trabajo (como una "acción de no realizar una acción debida"), sino también acciones como

"Reuniones, asambleas populares, marchas populares, manifestaciones, actos públicos de repudio, esclavitud, ocupaciones de plazas públicas o fábricas, campamentos, piquetes, entre otros (...), todo ello integrando la resistencia a la opresión (o a la insurrección, rebelión o revolución), la desobediencia civil, la lucha popular por el control del gobierno o la lucha de los trabajadores por el mantenimiento o mejoramiento de sus condiciones de trabajo o de vida en general. Es dentro de este amplio espectro que la huelga debe ser entendida, comprendida o analizada⁶⁹.

Otro punto a considerar es que la huelga siempre se produce en un escenario de insatisfacción con la realidad actual. Así, puede expresarse, además de una protesta, también en una expectativa de transformación que, con un claro carácter instrumental, puede tomar la forma de una agenda exigente. La huelga se convierte simultáneamente en un vehículo de expresión (y por lo tanto también de identificación y conciencia de los trabajadores y la sociedad en general) y en un medio de presión a favor de la satisfacción de las demandas colectivas. De esta característica se derivan tres consecuencias secundarias (y no necesarias), que a menudo se consideran erróneamente como esenciales para la huelga que surge en un conflicto laboral.

La primera es que la huelga debe ser necesariamente de naturaleza instrumental. Así, se considera que toda huelga sólo es lícita cuando contiene reivindicaciones que pueden ser satisfechas; que, desde el principio, se declara de carácter temporal (en un compromiso tácito de la forma adoptada, permite, en la medida de lo posible, que sus efectos sean reversibles; preferiblemente de corta duración; y que sea "no violenta" o "pacífica" (aunque, en general, no está claro cuál sería exactamente ese carácter

69 La huelga tiene su base real en el derecho de resistencia a la opresión, un elemento central o fundamento de todo el régimen de derechos humanos. Por lo tanto, según el autor, el concepto de huelga "no debe quedar en manos de los juristas" (SPAVENTA, 2016).

pacífico). Así, se entiende como desnaturalizada toda huelga que no tenga una esencialidad intrínseca de procedimiento, la de un medio de presión para la consecución de una reclamación insatisfecha. Tanto es así, que se argumenta, que desde el momento inicial, los huelguistas están obligados a presentar una plataforma de reivindicaciones⁷⁰ que, de aceptarse obligaría a retornar a la normalidad.

Un argumento equivocado, porque aunque se piense en reivindicaciones meramente profesionales, no se puede, lógicamente, pensar en una huelga en la que no existe una postulación previa como ilícita o inexistente. En el caso de las pretensiones de mejora de las condiciones de trabajo y vida dirigidas al empresario, también pueden dirigirse al Estado, siempre que formen parte de un proyecto reformista de transformación de la sociedad.⁷¹ Por otra parte, una cierta incertidumbre de los huelguistas en cuanto a lo que realmente pretenden es bastante comprensible cuando existe, de hecho, una certeza en cuanto a lo que "ya no quieren", es decir, la ampliación de las condiciones de trabajo que ya no son tolerables. La huelga, por lo tanto, puede tener la naturaleza de una protesta - y sigue siendo legítima o legal.

Una segunda característica sería la transitoriedad intrínseca del movimiento huelguístico, ya que la huelga, como instrumento procesal, se hace con el propósito de darla por terminada en un momento dado: victoriosa, con el aceptación de las demandas; o sin logros concretos, pero generando experiencias para los huelguistas - y

70 Una vez más, un elemento accesorio se considera esencial. La agenda de reivindicaciones no es, en sí misma, más que una formalidad que debería servir al movimiento reivindicativo, nunca limitarlo.

71 Está fuera de discusión hacer afirmaciones "anormales" que exigen más de lo que la sociedad capitalista puede ofrecer sin dejar de ser capitalista. Ya no sería un proceso de reformas negociadas, sino una ruptura revolucionaria del sistema.

por lo tanto también teniendo su utilidad social⁷². La transitoriedad aquí, más que la indicación de una naturaleza instrumental de la huelga, traduce la idea de que la huelga conlleva un compromiso de "retorno a la normalidad", si es posible como la restitución de una versión mejorada de lo que había antes de que la huelga comenzara⁷³.

Pero la transitoriedad es también un elemento secundario, por lo que no puede entenderse que la huelga sea necesariamente de corta duración o que exista un compromiso implícito por parte de los huelguistas de que los efectos de la misma sean temporales o reversibles. Así, las formas de huelga que pueden, por ejemplo, causar un daño "definitivo" al empleador no dejan de ser huelgas, y por lo tanto no son legales. Por lo tanto, no hay razón para creer que las huelgas son ilegales si no toman como deber la preocupación de los huelguistas por la preservación de los equipos que son esenciales para el retorno normal de las actividades del empleador o si provocan la pérdida de la capacidad del empleador para competir. Si existe un interés mutuo de los trabajadores y los empleadores por reanudar las condiciones de producción lo antes posible tras la huelga (y por lo tanto la reanudación inmediata de la producción y los salarios), ciertamente sobre la base de este interés común, tiene sentido establecer un acuerdo para preservar el equipo y la maquinaria. Pero no se puede considerar que se violaría un "deber de lealtad" si los huelguistas renunciaran al mantenimiento de la

72 La huelga, en tal contexto, sigue el guión arquetípico del mito del héroe descrito por Joseph Campbell (1997): un héroe se arriesga a dejar su vida cotidiana por aventuras fabulosas que propician, después de luchas feroces, una victoria decisiva que le dará poder (bendición) que compartirá con sus camaradas a cambio, ayudando a mejorar el mundo.

73 La idea de la huelga "constructiva" tomada como la antípoda de otra, "destructiva". En general, se señala una versión estigmatizada de las huelgas "ludistas" (con la destrucción de máquinas) como un ilustrativo ejemplo de las huelgas "destructivas".

maquinaria y de los bienes del empleador durante la suspensión del contrato de trabajo, durante la huelga. Sería curioso pensar de otra manera: habría un "deber de lealtad" recíproco por parte del empleador para la preservación de la salud física y mental del trabajador durante la huelga, algo que justificaría, en teoría, el pago de salarios a un nivel mínimo que garantizaría, al menos, la supervivencia del "equipo" (el cuerpo del trabajador) durante la suspensión del contrato.

Asimismo, el carácter "pacífico" de la huelga tampoco es un concepto esencial, cualquiera que sea el significado -bastante sujeto a la subjetividad- de un carácter pacífico. Cualquier acción conflictiva puede ser vista como violencia, en la medida en que rompe la normalidad de una situación previamente "pacífica". Por otra parte, no hay razón para confundir los conceptos de violencia prohibidos por la ley con las supuestas "formas violentas de huelga". Destruir el equipo del empleador (un acto violento definido como tal por la ley) en la ocupación del establecimiento con la intención de prevenir la "esquirolaje" es en sí mismo un acto antijurídico e ilegal, pero no hace de la ocupación en sí misma un acto violento, ni se transforma la naturaleza de la huelga por el comportamiento violento de los huelguistas.

Cómo enseña con precisión el VALDÉZ DAL-RÉ

"En primer lugar, considerar que toda ocupación de una fábrica perjudica necesariamente el derecho de propiedad del empresario y justifica intervenciones enérgicas dirigidas al desalojo implica renunciar a una valoración concreta de los intereses en juego (...) En otras palabras, la idea que se quiere emitir es que no se debe inferir la ilegalidad de una huelga con ocupación, renunciando a su finalidad o motivación. En este sentido, la técnica de ocupación pacífica de los lugares de trabajo se revela como un instrumento auxiliar de la huelga, a través del cual se puede, por otra parte, reequilibrar las posiciones contractuales relacionadas con la negociación colectiva y orientar la iniciativa privada hacia fórmulas de mayor utilidad social (VALDÉZ DAL-RÉ apud BABOIN, 2013, p. 48).

Por último, debe indicarse un tercer elemento central de la huelga, a saber, la interrupción significativa del trabajo, que puede o no significar una paralización parcial o total del mismo.

Cuando se elige como núcleo central de la huelga la "cesación de los servicios prestados al empleador", se pone de alguna manera el acento en la cuestión de la parálisis productiva causada por la huelga (y los posibles daños que causaría), dejando de lado las verdaderas raíces del conflicto y subestimando el hecho verdaderamente notable del evento, es decir, la acción colectiva y consensual de los trabajadores en apoyo de sus demandas. De alguna manera, la esencia se toma como forma, en detrimento del contenido.

Por lo tanto, no tiene sentido pensar que la huelga debe ser "significativa", en el sentido de que debe abarcar a todos o a la mayoría de los trabajadores de un determinado lugar de trabajo o categoría. Si la huelga existe, es decir, si tiene la fuerza para perturbar en lo más mínimo la normalidad productiva y así impulsar la lucha por mejores condiciones de trabajo y vida, llamará la atención de los empresarios y de la sociedad sobre su existencia. Si la huelga, en la práctica, no existe; no le corresponde a la Ley, el molde de los emperadores romanos en el Coliseo, decretar su irrelevancia política y legal⁷⁴.

1.4.3 La exclusividad de la titularidad corporativa de la huelga, excluyendo trabajadores y coaliciones / la visión individualista de la huelga

74 "No queda claro por qué el intérprete tiene que partir de un concepto a priori restrictivo que, sin embargo, no encuentra cobertura legal en la dicción de la Constitución, ni porque el reconocimiento del derecho de huelga no conoce más límites legales que los destinados a garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales en los casos de cese absoluto y total del trabajo - y, sin embargo, se pueden calificar otros de diversa índole cuando esta abstención colectiva del trabajo es parcial o ni siquiera existe" (BAYLOS, 1981, p 19)

El segundo punto se refiere a la legitimidad para convocar y llevar a cabo la huelga, así como el desarrollo de un proceso de una negociación para acompañar y suceder al movimiento huelguista. Existe un cierto consenso de que las huelgas dirigidas por los sindicatos tienden a ser más ordenadas y respetuosas de la ley. Esto es un elemento importante para explicar por qué los sindicatos habrían asumido en la práctica el papel negociador en las huelgas. Precisamente para cumplir este papel de intermediación entre el capital y el trabajo, se ha dotado a los sindicatos de personalidad jurídica formal y de legitimidad para promover el diálogo en nombre de sus representantes. Sin embargo, esta opción plantea algunos problemas: en tal caso de monopolio sindical, el derecho de huelga se convertiría en un privilegio de los miembros del sindicato, dejando a los trabajadores desprotegidos.

También existe la práctica, debido al reconocimiento de los sindicatos como titulares de derechos, de imponer a sus dirigentes responsabilidades en la gestión de la huelga, el mantenimiento de ciertos servicios, la responsabilidad por los posibles daños de la huelga, la participación en la negociación colectiva y para convencerlos de que vuelvan al trabajo cuando sea apropiado. Se trata de un "arma de doble filo" en la que se reconoce la titularidad del sindicato por encima de la realidad concreta, independientemente de la voluntad real de los huelguistas. Algo que, en la práctica, causa problemas. Uno de los más obvios se puede hacer explícito en los casos en que, después de una negociación exitosa, los verdaderos titulares del derecho de huelga - los huelguistas - no están de acuerdo con el acuerdo negociado por el sindicato. Esta situación, muy común en la práctica sindical, suele evitarse mediante la creación de los "comités de huelga" elegidos en la asamblea general. Esta dicotomía representativa está justificada, ya que el verdadero mando de la huelga no siempre lo ejercen los sindicalistas, e incluso es común que la dirección efectiva de la huelga la realicen los trabajadores de base, a veces incluso en oposición a la dirección del sindicato. A menudo, también son líderes espontáneos que surgen en el curso de la propia huelga y no es raro que ejerzan el mando de forma rotativa, algo que dificulta la negociación e

impone mayores dificultades al Estado para reprimir el movimiento y castigar a sus líderes (MARQUES DE LIMA, 2004, p. 23).

En un análisis apologético del reconocimiento legal de derecho de huelgas, se puede decir incluso que esto también se produjo por la necesidad de que el derecho a encontrar líderes que efectivamente comandasen el movimiento con el objeto de mantener la huelga dentro de ciertos límites y de que se lleve a cabo una negociación que pueda resolver el conflicto. Por esta razón, el sindicato, de una manera un tanto artificial, es reconocido formalmente como el titular de la huelga, y con ello puede ser considerado responsable de los actos colectivos que se produzcan durante su desarrollo.

En este punto, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la huelga debe considerarse necesariamente como un derecho fundamental de carácter público, resultante de la autonomía privada colectiva inherente a las sociedades democráticas (DELGADO, 2009, 1305). Este punto de vista favorece la dimensión colectiva y el interés público, en contraposición a la visión clásica, que favorece la dimensión individual.

En principio, la doctrina se divide entre las concepciones "orgánicas" y "subjetivas" (ACKERMANN, 1990). En el primer caso, el sujeto titular es el gremio⁷⁵ o sindicato, como grupo organizado o institucionalizado de trabajadores; en el segundo, que corresponde a la concepción clásica, el derecho subjetivo de huelga corresponde a los individuos que hacen huelga, pero que la ejercen colectivamente. En

⁷⁵ La palabra "grêmio" se define aquí según su expresión en español como "conjunto de personas que tienen un mismo ejercicio, profesión o estado social" (RAE).

una concepción subjetivista, el derecho de huelga es visto como un derecho subjetivo del huelguista individual, lo que hace problemático el análisis de la huelga como fenómeno colectivo y el propio reconocimiento de los derechos colectivos implicados en ella. El intento de enmarcar la teoría de los derechos colectivos propia de la negociación colectiva se topa con la ausencia misma de una titulación colectiva de una entidad colectiva.

El concepto organicista del derecho de huelga otorga a los sindicatos el monopolio del derecho de huelga, prohibiendo las huelgas no sindicales.

En comparación con la fase represiva, en la que se negó todo carácter colectivo a la huelga, sin duda ese reconocimiento, en general, resulta un avance⁷⁶, superando una visión insostenible que negaba el carácter colectivo de la huelga y la reducía a la dimensión individual⁷⁷. Sin embargo, concomitantemente con el reconocimiento del carácter colectivo de la huelga, surge la preocupación del Estado por situarla dentro de los estrictos límites previstos por las normas legales, y la idea de una necesaria vinculación entre el reconocimiento legal de la huelga y la restricción de la titularidad de la misma a los comités sindicales. Esta concepción tan restrictiva desconoce la historia, ya que la huelga es anterior a la propia existencia legal de los sindicatos.

76 “Si se trata de asegurar los derechos del trabajador, no cabe la menor duda que reconocer al trabajador como titular del derecho de huelga es una alternativa más protectoria, más liberal e igualitaria, más progresiva, que la alternativa de negarle o desconocerle esa titularidad” (SPAVENTA, 2012)

77 Según Ruprecht (1972, p. 70), Francia es el país que primero abandona el concepto de que la huelga es una suma de actos individuales, por la ley de 1884, que reconoce a los sindicatos como titulares de los movimientos de huelga.

Además, las huelgas a menudo se producen de forma espontánea, con o sin participación sindical (SOUZA, 1988).

Como señala acertadamente SPAVENTA (2016, p. 2), el error de situar la discusión sobre las huelgas dentro de la doctrina de la asociación es suprimir o limitar el derecho de huelga mediante la regulación de la entidad legal. El núcleo de este concepto restrictivo es el requisito de que la huelga sea convocada por una organización sindical, lo que implica desconocer que la titularidad de este derecho corresponde a los propios trabajadores y a otras formas de coalición (permanentes u ocasionales), lo que no justifica que estas huelgas "no sindicales" sean calificadas como "huelgas salvajes", o declaradas ilegales.

Así, la atribución de la titularidad de la huelga al sindicato, aunque en cierta medida reconozca la dimensión transindividual de la misma, la subordina y la limita a los intereses sindicales, desconociendo que en una sociedad democrática se requiere un concepto amplio de huelga, de tal manera que la titularidad de la misma se extiende también a "otras asociaciones de intereses creadas por normas legales, como los órganos de representación de los trabajadores en la empresa o que son fruto de la autoorganización de los trabajadores, como las asambleas u otros órganos colectivos" (BAYLOS, 2007).

Se puede decir que, en cambio, en la visión clásica, la titularidad de la huelga se concibe como un derecho de cada trabajador individual, pero necesariamente ejercido de manera colectiva. Esta posición es apoyada por Gino Giugni (1901, p. 57) y Alonso García (1985, p. 623). Sin embargo, como se trata de un derecho de huelga de

titularidad individual, la disponibilidad sindical del mismo no encaja (BAYLOS GRAU, 1981, p. 626)⁷⁸.

No hay diferencia entre "titularidad de la negociación colectiva" (resultante del reconocimiento de un ser colectivo que necesita representación formal) y "titularidad de la huelga" (como si el sindicato se convirtiera en la "cabeza" de un cuerpo que, sin mando, sería inanimado, sin voluntad y sin derechos).

Por otro lado, hay un cierto artificialismo en tal construcción que, privilegiando una dimensión individual del derecho de huelga, "contrata" la participación del individuo en la huelga, haciendo del simple acto de adherirse a la huelga un acto jurídico complejo en el que el ejercicio del derecho subjetivo de huelga corresponde a la asunción, también, de una variada gama de compromisos por los que el huelguista se hace responsable, bajo pena de caracterizar conductas ilícitas o abusivas (que, potencialmente, podrían contaminar la propia legalidad o legalidad de la huelga).

La delimitación de los diferentes ámbitos, individuales y colectivos, permite identificar mejor los efectos que los actos de huelga provocan en cada uno de ellos. Así, el huelguista, al situarse en el plan colectivo protegido del derecho de huelga, asume al mismo tiempo, a nivel individual, el riesgo que implica la totalidad de la huelga (en este caso, los efectos de la suspensión del contrato de trabajo y, sobre todo, la pérdida de salarios). Cada trabajador tiene el derecho de adherirse o no a las huelgas ya declaradas y, en ese caso, le corresponde actuar concretamente según lo recomendado en la asamblea de los trabajadores. El incumplimiento individual de lo

⁷⁸ Por ejemplo, las organizaciones sindicales pueden acordar la prohibición de estipular o dictar una orden de huelga o apoyarla económicamente mientras el acuerdo esté en vigor, pero no pueden impedir que los trabajadores ejerzan su derecho de huelga.

decidido en dicha reunión somete simultáneamente al empleado a sanciones por la violación del compromiso colectivo, así como a los riesgos inherentes a cualquier acción individual.

Si se permite la huelga sólo como un derecho individual, se crean contradicciones difíciles de superar. Es difícil explicar la distinción entre acciones legales e ilegales basándose en una interpretación un tanto artificial de la conformidad de la acción individual según el "plan de huelga" con un modelo idealizado de huelga legal. Se hace algo difícil saber si una acción individual está expresando una deliberación colectiva (fuera o dentro del acuerdo de huelga) o si es simplemente una expresión de una voluntad individual. Por ejemplo, si el trabajador opta por una acción de huelga menos onerosa para el empleador que la prevista en el "plan de huelga", ¿esta acción estaría fuera del alcance protegido de la huelga y el trabajador en huelga estaría sujeto a una sanción disciplinaria? Sería más sencillo considerar, en un primer momento, cualquier acto intrínsecamente lícito del huelguista como parte del plan de huelga protegido; por el contrario, cualquier acto ilícito se consideraría un acto individual y fuera del plan de huelga, y sólo se consideraría responsable al individuo a menos que se demostrara que actuó a instancias de dirigentes de la huelga.

Además, el requisito de que la huelga individual sea un cierto "procedimiento de huelga" compatible con un plan de huelga abstracto es igualmente problemático. En el entendimiento de que no corresponde al trabajador actuar de manera diferente al "plan de huelga" que surge de la asamblea, debe reconocerse al menos que, en la práctica, la delimitación de dicha "guía de procedimiento" es bastante difícil, entre otras cosas porque los "planes de huelga" que surgen de las deliberaciones de la asamblea son, en general, bastante genéricos. Por lo tanto, las ramificaciones prácticas que surgen de tales marcas interpretativas son problemáticas. Una vez declarada una huelga, se supone que debe llevarse a cabo de acuerdo con la "personalidad jurídica" - excluyendo las formas atípicas, como las huelgas intermitentes-, algo que el huelguista individual debe tener en cuenta si quiere que su comportamiento de huelga esté

protegido por la norma legal. Se presume que el "plan de huelga" - de contenido a veces bastante sofisticado - tiene algunos elementos obligatorios y opcionales. Por lo tanto, todos los elementos del acuerdo de huelga que expresan un compromiso colectivo de autocontrol, como las posibles deliberaciones sobre las formas y los momentos de hacer la huelga, serían obligatorios. Cada acción del individuo en huelga sería juzgada como parte de una acción colectiva en la que, en última instancia, sería juzgada por la totalidad de las acciones individuales, como lícitas o ilícitas, abusivas o no. Las acciones individuales de huelga, aisladas, representan el ejercicio individual, pero, realizadas en conjunto, representan el ejercicio colectivo del derecho de huelga, tomando el resultado total de las acciones individuales como colectivo y concertado, cuya autoría, al final, puede ser atribuida a las organizaciones sindicales (e incluso a sus dirigentes).

Por otra parte, por definición jurídica expresa, la más relevante deliberación colectiva se considera esencialmente facultativa: la de hacer la huelga. Por lo tanto, no habría ninguna obligación individual de seguir la resolución colectiva de huelga, ya que esto se consideraría una restricción inaceptable del derecho al trabajo.

Como vemos, la construcción hermenéutica pasa por una indiferenciación de lo que es una acción individual en oposición a lo que es colectivo, barajando la responsabilidad de cada actor por sus propias acciones.

La situación tampoco es fácil cuando se trata de traducir el modelo deliberativo propio de las negociaciones colectivas en el ámbito de la huelga. Desde el punto de vista individualista, la declaración de huelga se expresa formalmente como el resultado de una deliberación solemne de un grupo determinado de personas trabajadoras, a su vez, también identificable. Siguiendo el modelo contractual típico de la democracia liberal, se observa una "contractualización" de los individuos que eligen una representación formal a través de la cual surge uno de los polos que compondrá, del lado de los trabajadores, una negociación necesaria que resolverá idealmente el conflicto. Este polo surgirá como un elemento esencial desde el mismo estallido de la

huelga y normalmente estará representado por la dirección de una entidad sindical existente o, excepcionalmente, por representantes elegidos en la propia asamblea. De manera casi espontánea, también se espera que surja una agenda exigente y un "plan de huelga". Se pretende que este plan exista necesariamente, incluso tácitamente, aunque se pretende que sea un resumen casi increíble de toda la complejidad de una "hoja de ruta" política y de procedimiento en la que los huelguistas tendrán que guiar su comportamiento, a riesgo de provocar la ilegalidad de la huelga. Asimismo, debido a la aceptación de la dimensión individual de la huelga, debe presumirse una "aceptación tácita" de todos los trabajadores que concretamente no participaron en la deliberación colectiva (por ejemplo, la asamblea de la huelga) con respecto a lo que se decidió (plan de huelga). Si en el modelo clásico de derecho civil se puede presumir la "voluntad transindividual" a causa de una relación jurídica previa existente entre los responsables (por ejemplo, los socios de una empresa), aquí se pretende ver, en el curso de la propia huelga, un "vínculo social básico" (que, en la teoría sociológica, está reservado a la pertenencia a una categoría o a un centro de trabajo) que justificaría un vínculo necesario entre la formalización de una voluntad colectiva y el necesario cumplimiento de esa voluntad por parte del individuo. Se trata de otro artificialismo que impide una uniformidad interpretativa entre las diversas situaciones en las que esta condicional "adhesión individual a la deliberación colectiva" parece "encajar mal" en el plano fáctico⁷⁹. Tal vez sería más sencillo reconocer el derecho de huelga a quienes se sientan identificados subjetivamente con los propósitos de la huelga y estén

79 Por lo tanto, ¿tiene derecho a la huelga un trabajador tercerizado (que comparte todo con el trabajador directamente contratado por la empresa)? La mayoría de las decisiones judiciales en Brasil entienden que no es así. Por ejemplo, TST-SDC RO 1000296-67.2016.5.02.0000 Rel. Dora Maria da Costa, sentencia 10/12/2018.

dispuestos a llevarla a cabo, expresando su adhesión al movimiento a través de su participación concreta en el curso de la huelga, independientemente de su lugar de trabajo y categoría profesional. Tal concepción abandonaría la visión clásica de la huelga como un derecho colectivo individual a una visión de la huelga esencialmente como un derecho colectivo.

Otro punto delicado a considerar es la diferenciación entre huelguista y no trabajador en base a la condición objetiva de abstención voluntaria del trabajo.

La concepción individualista del derecho de huelga es objetivista⁸⁰, siendo de interés primordial los efectos sobre el contrato individual de trabajo, es decir, hasta que no se produzca la ausencia del trabajo, el trabajador no es un huelguista. Resulta problemático que la adhesión al movimiento de huelga -y la asunción de su parte de responsabilidad en la decisión colectiva- se materialice por la simple ausencia del trabajo. Desde un punto de vista objetivo, no hay forma de diferenciar entre el huelguista (al que se le ha suspendido el contrato) y el empleado que no participa en la huelga de forma injustificada (y tendría, además del día parado, el registro del descuento del pago del descanso semanal remunerado y el cálculo del absentismo en la adquisición de vacaciones).

Es irrelevante, por supuesto, si el trabajador respondió o no a la llamada para asistir a la asamblea que decretó la huelga; si votó a favor o en contra de la huelga; si se comprometió individualmente o no a adoptar actos de huelga: lo que constituye un "acto de huelga" es el hecho de que deja de trabajar. Sin embargo, este simple acto no

80 Una concepción alternativa, subjetivista, implicaría la posibilidad/responsabilidad del trabajador de "declararse en huelga".

lo diferencia de una falla normal de una no rendición. Dado que el impago de los salarios el día de la huelga es menos grave para el trabajador que la ausencia justificada, el no pago de los beneficios, por equidad, de la suspensión del trabajo durante el período de la huelga en el que se ausenta injustificadamente. Por otra parte, en la medida en que la ausencia justificada del trabajo en el momento de la huelga también puede confundirse con un "acto de huelga", corresponde al propio trabajador no programado que se ausenta del trabajo identificarse con el empleador como "no-huelguista", justificando por otras razones sua ausência.

Al igual que en la dimensión individual, también en la dimensión colectiva, la visión individualista es problemática. El ejercicio colectivo del derecho de huelga por parte de los representantes de los trabajadores se expresa en la convocatoria de la huelga, en el establecimiento y publicación de la agenda de reivindicaciones, en la realización de la huelga y en el avance de la negociación dirigida a la consecución de las reivindicaciones. Normalmente, el órgano en el que se expresa esa "voluntad colectiva" es la asamblea, en la que las decisiones se adoptan colectivamente, mediante procedimientos democráticos de consulta en los que se convoca a todos los huelguistas. Este órgano se confunde en un primer momento con la asamblea general del sindicato y, por lo tanto, sigue las normas estatutarias, pero no siempre es así. Se producen paros que surgen casi instantáneamente, sin poder hablar seriamente de "deliberación de la asamblea" o "plan de acción concertado". Es una acción colectiva espontánea y no planificada que expresa una inconformidad colectiva que no encuentra otra forma de expresarse que la acción urgente e improvisada. En palabras de Sérvulo da Cunha (1996), la huelga es un "movimiento colectivo espontáneo, independiente de la organización o del liderazgo formal, moldeado de acuerdo con las leyes psicológicas y sociológicas de los grupos".

La huelga que se produce de esta manera surge sin que nadie -ni el sindicato ni la "comisión interna"- pueda ser considerado responsable de la misma, que no es más que la reacción a unas condiciones de trabajo que los trabajadores perciben como

insatisfactorias. En lugar de entender la huelga en su dimensión colectiva como una "crítica concreta" que merece ser aceptada por la Ley, se intenta enfatizar el carácter individual en la búsqueda de una "culpa individualizable" por parte de un movimiento colectivo que, aunque no se declare, se entiende como indeseable.

Asimismo, en las acciones huelguísticas concretas, la dirección de la huelga no siempre se corresponde con la de las direcciones formales, ya sean los sindicatos o incluso los elegidos por la asamblea general. Lo mismo ocurre en el intrincado campo de las negociaciones previas o en el curso del movimiento de huelga. La voluntad expresada en la mesa de negociaciones no siempre es la que se forma instantáneamente durante la votación de la propuesta de acuerdo en las asambleas generales. Son relativamente comunes los ejemplos de asambleas generales que no cancelan los acuerdos negociados de fin de huelga o huelgas que van más allá de lo que los líderes del movimiento quieren/negocian.

Toda esta discusión tiene un impacto directo en la legislación brasileña. La particularidad en este caso radica en la concentración del poder de negociación en los sindicatos que resulta de una disposición constitucional explícita, cuando la realidad de muchas huelgas escapa a dicha titulación normativa⁸¹. No se trata aquí de cuestionar el problema de los trabajadores no sindicalizados, incluso porque, en un país que todavía

81 La "huelga de camioneros autónomos" de 2018 en Brasil es un ejemplo. Después de haber paralizado literalmente el país durante diez días, sólo terminó con la intervención de fuerzas del Ejército brasileño y de la Policía Federal de Carreteras para desbloquear las carreteras. La huelga se prolongó porque no había nadie con quien negociar, ya que los camioneros no reconocieron como legítima ninguna representación formal.

mantiene la unidad sindical por ley⁸², esta realidad no se presenta. Tampoco se discute el delicado problema de negociar el fin de la huelga. Como el sindicato en Brasil tiene el monopolio de la negociación (art. 8, VI⁸³), no se puede discutir ninguna otra legitimidad para dicha negociación que la del sindicato. Lo que se está discutiendo es si existe o no un monopolio de la titularidad de la huelga, es decir, si sólo las huelgas convocadas por el sindicato pueden considerarse legales. Tal concepción sólo parece tener sentido cuando la huelga se concibe en un espacio muy restringido, altamente regulado y limitado a su funcionalidad para la negociación colectiva, lo que ciertamente no es el caso en el Brasil. Una vez más, tenemos en la legislación brasileña una influencia de la jurisprudencia alemana, que entiende la huelga como una institución necesariamente relacionada con la negociación colectiva que sólo es legítima cuando es gestionada por los sindicatos -y no utilizada directamente por los trabajadores, aunque sea por agrupaciones ocasionales (MARTÍN VALVERDE, 1972, p. 35).

Así, a modo de resumen, desde el punto de vista individualista se derivan al menos tres consecuencias importantes para el derecho de huelga desde dicha perspectiva:

1) No se reconoce ninguna obligación por parte del trabajador de seguir la deliberación colectiva, esté o no afiliado al sindicato (y por lo tanto, al menos

82 En el caso, constitucional: art. 8, § 2: II- é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

83 Art. 8º VI – “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

teóricamente, obligado a seguir los estatutos del sindicato), participe o no el trabajador en la asamblea de la huelga (y por lo tanto la responsabilidad con respecto a su eventual voto en la asamblea será sólo política - y no legal); se beneficie o no del eventual éxito de las demandas (cualquier obligación resultante del éxito de la huelga que beneficiaría al trabajador sería meramente moral).

Esto da oportunidad a la cuestionable posibilidad de que el individuo pueda negarse legalmente a participar en la huelga a pesar de la resolución colectiva de la misma. Así, no se crea ninguna obligación para el trabajador de seguir la decisión colectiva (incluso reconociendo un derecho que no es sancionado por la mayoría por desobediencia a la decisión colectiva); por otro lado, los riesgos asumidos por el cumplimiento de la voluntad colectiva son graves e impredecibles.

En la legislación brasileña, se ha consolidado la interpretación de la existencia de un "derecho de huelga" resultante de la mención explícita del "acceso al trabajo" en el artículo 6 de la Ley n. 7783/89⁸⁴. Recientemente, la posición de la TST se ha suavizado, admitiendo que los piquetes de huelga, actuando sin violencia, pueden posicionarse como un obstáculo a la entrada de no trabajadores, sin que tal acto constituya un abuso de la huelga:

“O mero bloqueio das entradas da empresa, impedindo o deslocamento das pessoas de entrarem no estabelecimento ou no local de trabalho durante a greve, sem violência, não constitui motivo para caracterizar a abusividade da paralisação. Portanto, não se vislumbra violação do art. 6º, § 3º, da Lei nº 7.783/89. Recurso ordinário a que se nega provimento”. (RO-5902-33.2016.5.15.0000, Relatora

84 Art. 6º - § 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa”.

2) contradecir la responsabilidad colectiva del sindicato o de la organización de trabajadores por el desarrollo de la huelga, imponiendo multas y sanciones por las acciones individuales de los huelguistas o por el incumplimiento de las determinaciones judiciales para poner fin al movimiento huelguístico. Aquí se entiende que el sindicato es responsable de todo lo que sucede, cuando al final son las acciones individuales del trabajador individual durante la huelga las que pasan a estar sujetas a la responsabilidad colectiva, y es inapropiado responsabilizar al sindicato por actos de terceros, sobre los cuales no tiene control. Esta es una responsabilidad abusiva, ya que el sindicato no tiene control sobre la conducta individual de los huelguistas⁸⁵. El sindicato podría -y debería- ser responsable de sus acciones, entre las que se encuentran las eventuales determinaciones para que los huelguistas adopten conductas ilícitas -pero no como todos los actos de los huelguistas. Se trata de una responsabilidad objetiva indebida, sin base legal para ello. Este punto en particular se vuelve problemático cuando se trata de calificar la huelga como "pacífica" - en contraposición a una huelga "violenta" - aquella en la que se producen actos violentos que se imputan al sindicato y que, por lo tanto, pueden incluso caracterizar la huelga como abusiva.

85 Así piensa también Antonio Monteiro Fernandes (1987, p. 69) para quien "no sólo el sindicato no tiene el monopolio de la decisión y de la proclamación de la huelga, sino que no puede ir más allá de la instigación y de la organización de los movimientos; no puede configurar un mandato a ser obedecido por cada trabajador, sino como la simple proposición de un proyecto de lucha para el cual la opción individual no puede dejar de ser libre".

En principio, a menos que pueda decirse razonablemente que el "plan de huelga" en sí mismo incluye la práctica de actos violentos, toda acción manifiesta de los huelguistas debería ser un caso de responsabilidad individual - nunca colectiva.

Sin embargo, existe la preocupación de extrapolar las posibilidades de hacer responsables a los sindicatos de la acción colectiva. Un ejemplo es la decisión del TST de concluir que la presunta "participación" del Presidente del sindicato en una huelga declarada abusiva es un delito contra la organización sindical:

III. Tipicidade da conduta de participar de suspensão coletiva de trabalho, provocando a interrupção de serviço de interesse coletivo

O réu se defende da imputação que lhe é feita, afirmando que 'a deliberação não foi efetivada pelo ora acusado. Registre-se que o recorrido é Presidente do SINDIMETRÔ, não exercendo, em decorrência dessa circunstância, na época dos fatos, qualquer atividade fim, haja vista liberação para o exercício da atividade sindical'(EVENTO 94, CONTRAZ1, fl. 09).

Prossegue, aduzindo que 'o Ministério Público Federal, ao tentar imputar ao réu no art. 201 do Código Penal, por uma conduta de, supostamente, dirigir uma greve contra os interesses sociais, não percebe que, desde 1942, já era apontado que a conduta de dirigir a greve não faz parte do tipo penal' (EVENTO 94, CONTRAZ1, fl. 10).

Argui, por fim, que 'o sujeito ativo da conduta é o empregado ou o empregador, e não há elementos para caracterizar o réu em qualquer uma dessas categorias. Essencialmente, se ele é apenas Presidente do Sindicato, licenciado para o exercício do mandato, não há como inseri-lo no referido tipo' (EVENTO 94, CONTRAZ1, fl. 10).

Adiantando que tais argumentos são insuficientes ao meu convencimento, assinalo que a análise exauriente do mérito recursal depende de certa ordem no enfrentamento das questões, da qual passo a tratar.

A materialidade da conduta imputada pelo Ministério Público Federal constitui fato notório, restando incontroverso que, a despeito do provimento liminar exarado pela Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Sr.ª Rosane Serafini Casa Nova, o Sindicato dos Trabalhadores em Empresa de Transporte Metroviários e Conexas do RS - SINDIMETRÔ promoveu a paralisação total do serviço de transporte metroviário à população da região metropolitana de Porto Alegre/RS.

Sem adentrar ainda na tipicidade, não paira dúvida sobre a efetiva autoria do réu no que tange ao núcleo 'participar' da paralisação de trabalho de interesse coletivo, haja vista carecer de verossimilhança a alegação de que logo o Presidente do SINDIMETRÔ não tenha aderido à macro-paralisação, amplamente noticiada pela imprensa nacional.

Por essa razão, adoto a qualidade representativa do acusado como prova indiciária de natureza indireta (circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias - art. 239, CPP), a qual goza, consoante seguro magistério doutrinário, do mesmo valor probante de todos os demais meios de prova (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 1030. Volume 1).

Por supuesto, no se considera aquí que el Presidente del Sindicato o cualquiera de los miembros de la junta directiva del Sindicato actuara, concretamente, como el principal o el coautor material de dicho delito, sino que, por la mera iniciación de la huelga, habría habido "participación" en el acto delictivo.

De la misma manera, en relación a los casos en que la Justicia Laboral, después de concluir el abuso de la huelga, determina el regreso de los huelguistas al trabajo bajo pena de una multa que se aplicará al sindicato. En ese caso, la responsabilidad del sindicato debería limitarse a convocar una asamblea general para que los huelguistas conozcan la determinación judicial. Nunca se deben imponer multas u otras sanciones al sindicato, ya que no le corresponde reemplazar la voluntad de la mayoría, ni está facultado para imponer su voluntad a la decisión soberana de la asamblea general.

Así, por ejemplo, la reciente decisión de la TST (9/9/2019⁸⁶), en la que el sindicato fue multado por no mostrar el compromiso de cumplir con la determinación del Tribunal de poner fin a la huelga y reanudar el trabajo:

“In casu, considerados todos os elementos contidos nos autos, restou caracterizada a abusividade do movimento paredista, porque: a) o Sindicato obreiro não cumpriu as liminares deferidas pelo juízo, que considerou a greve abusiva por se tratar de atividade essencial (art. 10, V, da Lei 7.783/89) e, ainda, por ser “fato público e notório que a categoria dos trabalhadores em transporte coletivo urbano e rodoviário de Manaus paralisou 100% de suas atividades, em flagrante desrespeito ao preconizado na Lei de Greve, que determina seja observado percentual mínimo de funcionamento nas paralisações de serviços essenciais”; b) considerada a recalcitrância do Sindicato obreiro quanto ao descumprimento das decisões e em atenção à petição conjunta da OAB/AM, da Defensoria Pública e do Procon, foi determinado pelo juízo a prisão dos dirigentes do Sindicato (posteriormente revogada pelo mesmo magistrado), mormente em face do exame de “CD com áudio onde o Sr. Élcio Campos Rego, Secretário do Sindicato dos Rodoviários, afirma que não haverá retorno das atividades laborais, criticou a multa estabelecida contra o sindicato obreiro (ao argumento de que as multas impostas às empresas e ao sindicato patronal são sempre menores) e que, já que terão que pagar multa, o farão mantendo 100% da frota parada”; c) no próprio recurso, o Sindicato obreiro, diversamente de suas alegações quanto a não abusividade do movimento paredista decorrente do suposto cumprimento da Lei de Greve, afirma expressamente que “inclusive, nas reportagens de ID. af76927 e ID. 9558ff8, representante do Sindicato obreiro afirma, categoricamente, que estava respeitando o patamar definido

86 La totalidad de la sentencia en el ANEXO V.

previamente, mas foi da categoria a decisão de parar 100%”, e que “não há como o sindicato responder por qualquer ato de seus associados que tenham causado prejuízo para a sociedade”, ou seja, confessou a paralisação total dos serviços; d) ainda que supostamente observadas as normas da Lei 7.783/89, no tocante a realização de assembleia geral extraordinária, a comunicação prévia do movimento paretista e a escusa para apresentação do plano de contingenciamento, como alegado pelo Recorrente, é fato público e notório, como pontuado na decisão liminar e confessado pelo Sindicato obreiro em seu apelo, que as atividades de transporte urbano e rodoviário na cidade de Manaus(AM) foram totalmente paralisadas, em flagrante desrespeito ao disposto nos arts. 6º, § 1º, e 11 da referida lei, razão pela qual o apelo não merece provimento, no aspecto” (Processo n. TST-RO-8-53.2017.5.11.0000 – Rel. Ives Gandra Martins Filho, 9/9/2019).

De igual manera, no se menciona la responsabilidad civil de los sindicatos por daños derivados de huelgas ilegales por el simple hecho de que el sindicato no tiene derecho a la huelga y la responsabilidad por cualquier daño en la huelga debe ser exigida por los individuos que específicamente causaron el daño. En el caso de una huelga declarada ilegal, tampoco se debe mencionar la responsabilidad civil del sindicato por daños y perjuicios⁸⁷.

3) En este último punto, hay que decir que, aparte de un malabarismo jurídico, no es posible entender que el huelguista, a causa de una acción colectiva, se haga responsable individualmente más allá de las consecuencias normales que se derivan de su ausencia del trabajo, es decir, la suspensión del contrato de trabajo durante el período de la huelga y el probable impago de los salarios durante dicho período de suspensión.

87 "El sindicato no puede ejercer un derecho del que no es titular; la huelga no es una actividad sindical protegida como tal y la propiedad es intransferible. A partir de ahí el sindicato no puede dar cuenta de lo que no constituye directamente una actividad sindical. Por el contrario, la responsabilidad por daños y perjuicios en la huelga debe ser exigida al titular del derecho: los trabajadores. En este caso, es necesario rescindir el contrato de trabajo por incumplimiento grave y culpable de las obligaciones contractuales (BAYLOS, 1981, p. 627).

Junto con la suspensión del contrato de trabajo (la no eliminación del contrato), la no responsabilidad del trabajador por el incumplimiento del contrato es una de las características que marcó la superación del concepto de huelga como mera libertad. Sin embargo, tanto en España como en Brasil, existe una doctrina actual que ha entendido la posibilidad de responsabilidad de los huelguistas e incluso del sindicato por los daños causados al empleador por la huelga⁸⁸. Dicha responsabilidad se justifica por la teoría del "daño injusto" o de la "conmutabilidad de los daños"⁸⁹, de modo que el daño sufrido por el empresario no puede ser mayor que la pérdida de salario del trabajador. Se trata de una operación interpretativa inaceptable porque tiene por objeto debilitar el arma de lucha que supone la huelga, constriñéndola de forma antinatural dentro de la lógica de las relaciones privadas (Gino Giuni, apud ÁLVAREZ, 2006, p. 418). Para que la huelga cumpla su propósito como "instrumento de presión sobre la voluntad del empleador", los trabajadores deben tener la facultad legal de causar todos los daños que produce si no lo hace y los empleadores deben asumir todos los daños producidos por la renuncia al trabajo (ÁLVARES, ob. cit.)

Aquí hay una visión de la responsabilidad individual por las consecuencias de la acción colectiva, como si fuera posible "distribuir" la responsabilidad colectiva en "acciones de participación" como si fuera una corporación. En efecto, el individuo, al aprobar, adherirse y participar en una huelga, sólo ejerce su derecho individual a participar en una acción colectiva constitucionalmente reconocida como un derecho

88 Tendencia doctrinal de los más peligrosos para la restricción del instituto de la huelga (ÁLVARES, 2006, p. 417).

89 Según Eduardo Alvares (ob. cit., p. 418), dicha doctrina fue elaborada a partir de la Sentencia 584 (de 4 de marzo de 1952) de la Corte de Casación italiana.

fundamental. No sería apropiado considerar ninguna responsabilidad más allá de las que ya se han asumido inequívocamente (por los incumplimientos derivados del incumplimiento del contrato individual) o las que se derivan de una acción extraordinariamente individualizada que desdibuja los límites de una acción colectiva tolerada y protegida constitucionalmente.

Así pues, poco importa que la huelga sea declarada ilegal o abusiva, el huelguista no puede ser sancionado por el "acto de huelga" que cometió inequívocamente, es decir, por no proporcionar trabajo durante el período de huelga causando la suspensión del contrato de trabajo.

En la responsabilidad individual por cualquier acto ilícito atribuido al colectivo existe una clara contradicción derivada de una dudosa consideración de una supuesta obligación individual del huelguista en relación con el "plan de huelga" que surgiría en la asamblea general. Bajo el endeble argumento de ser copartícipe del "plan de huelga", el trabajador individual no debe sufrir consecuencias más amplias de las que podrían atribuirse a su voluntad individual. Así pues, la ausencia del trabajo bajo la condición de suspensión del contrato de trabajo no puede dar lugar a ningún castigo, ni siquiera a la consideración de la ausencia como falta injustificada⁹⁰.

De hecho, un entendimiento en sentido contrario constituiría incluso una falacia, ya que implicaría un intento de responsabilizar a terceros por su conducta. Sólo en una abstracción equivocada se podría pensar en la existencia de una "decisión compartida" en el plan abstracto que se configuraría por el simple hecho de unirse a la

⁹⁰ Lo que, en la legislación brasileña, implica la pérdida del día de descanso y tiene un impacto negativo en el cómputo del período de compra de vacaciones.

huelga ("acto de huelga"). Además, un acto tan simple no tendría la capacidad de implicar la asunción por parte del huelguista de una compleja red de obligaciones legales derivadas inherentemente de un "plan de huelga" aprobado en una asamblea general y desarrollado por el movimiento colectivo⁹¹, comprometiendo al individuo por actos que no practicó. El artificialismo de esta construcción es evidente y legalmente injustificable. La mera adhesión a la huelga no hace al huelguista co-responsable de la decisión colectiva. Así, la Corte Suprema, desde 1963, a través del Precedente 316, entiende que "la mera adhesión a la huelga no constituye una falta grave". Este es también el entendimiento casi unánime de la TST, independientemente de que la huelga se entienda como ilegal o abusiva, el trabajador no puede ser castigado por ejercer su derecho a la huelga. Sin embargo, si todavía hay decisiones que responsabilizan al huelguista individual en caso de una huelga considerada abusiva o ilegal.

Por otro lado, cuando el trabajador decide, desde la cúspide de su innegable autonomía individual, realizar actos de huelga fuera del "plan de huelga" que se extrae de la resolución de la asamblea (por ejemplo, realizando una acción de sabotaje) porque entiende que es una forma de acción efectiva en nombre del movimiento huelguístico. La interpretación más común será que se trata de una acción individual que coloca al individuo discordante fuera del espacio protegido de la huelga. En tal caso, la idea de suspensión del contrato de trabajo - y la parálisis del poder

91 Este "acto de huelga" incluiría la coautoría de la decisión de iniciar una huelga, así como el acuerdo con el orden del día; la elección del comando que dirigirá la huelga y la representará en la negociación; la aprobación de un "plan de huelga" que prevea cómo se desarrollará la huelga; la aceptación de los actos futuros del comando de la huelga y del colectivo de los huelguistas como una consecuencia "necesaria" de su decisión de unirse a la huelga.

disciplinario del empleador - no funciona - y por lo tanto el empleado es vulnerable al castigo por indisciplina. En tal caso, no es raro que se interprete una acción tan aislada como si se tratara de una acción concertada operada por el sindicato (incluso si no tiene base en la realidad), que puede por tanto ser considerado responsable de ella tanto en términos civiles como penales.

Todos estos efectos negativos hacen vulnerable el "campo protegido" del trabajador que, individualmente considerado, no debe ser afectado en su contrato de trabajo por acciones colectivas (sólo por acciones individuales). También vulneraron el "campo protegido" colectivo de los huelguistas mediante acciones individuales por las que, en principio, el colectivo no tendría ninguna responsabilidad.

Todo debe indicar que la intención de reducir la huelga en actos de voluntad individualizables para permitir que se enmarque en la ley es muy poco prometedora, siendo contrarrestada por la práctica diaria de tantas huelgas que, por su tamaño e importancia, ya no pueden ser relegadas a "simples actos de desobediencia" que no merecen otra consideración por parte de la ley que su simple contención/represión. Por lo tanto, la afirmación inversa de la tradicional, es decir, que el derecho de huelga es de titularidad colectiva, pero de ejercicio individual, es totalmente justificable (PALOMEQUE LÓPEZ: ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2019, p. 421). De hecho, sólo a los trabajadores, considerados colectivamente, se les puede conceder el derecho fundamental a la huelga. (CARVALHO, 2011, p. 20).

Otro punto controvertido es la sobreestimación de la voluntad individual en el fenómeno de la huelga, lo que lleva a otros problemas, entre ellos el surgimiento de concepciones que niegan la existencia de la huelga por una "insuficiencia" de la

voluntad individual que la caracterizaría como un producto real de la voluntad colectiva. Así, Mario de La Cueva (1961, p. 788) incluso niega las huelgas que no cuentan con la mayoría de los trabajadores de la empresa afectada⁹². El derecho de huelga, visto desde una perspectiva tan precisamente individualista, resta al derecho de huelga su principal característica, que es precisamente su naturaleza colectiva, en una estrategia para "racionalizar" el conflicto identificando esta "voluntad colectiva" como una mera suma de voluntades individuales. Sin duda alguna, unirse o no a la huelga -y por lo tanto soportar las consecuencias de esta decisión- es un acto individual. Pero estamos lejos de entender que la huelga puede ser considerada como una mera yuxtaposición de la conducta individual. Existe una naturaleza colectiva de la huelga que debe ser reconocida como su esencia, y por lo tanto el derecho de huelga debe ser visto como un derecho colectivo compartido por los individuos que se adhieren a él.

Muchos autores reconocen el carácter colectivo del derecho de huelga. De Buen (1992) sostiene que el titular del derecho es la clase y su ejercicio no puede ser atribuido al individuo - sino al grupo que puede o no ser la mayoría. Del mismo modo, De Ferrari⁹³ y Romagnoli⁹⁴ argumentan enfáticamente que no se trata de reconocer un derecho individual de huelga, sino de proteger una acción colectiva. Monereo Pérez (2002, p. 19) considera que la huelga es "un derecho público subjetivo de libertad

92 Al contrario Nelson de Buen, para quién la mayoría no es más que una confirmación de la voluntad colectiva de unirse a la huelga (1992, p. 885).

93 Para quién la huelga es "el rechazo de un colectivo de trabajadores a continuar su colaboración con la empresa, y por lo tanto no es un acto del trabajador, sino la acción de un grupo" (DE FERRARI, 1951, p. 77 apud GARCIA, 2012, p. 33).

94 Para aquellos que, en la práctica, la propiedad individual de la huelga no impide que los actores colectivos establezcan sustancialmente los límites de la misma.

configurado como un derecho fundamental" y, por lo tanto, es tanto un derecho de la personalidad como un derecho social.

Héctor Omar García (2012, p. 82) también sostiene el punto de vista de un derecho eminentemente colectivo, aclarando magistralmente la dicotomía de un derecho colectivo complejo, ejercido por individuos también colectivamente:

"Desde mi punto de vista, no se puede negar que el país es un derecho a la libertad sindical y, como tal, puede ser ejercido tanto por los trabajadores como por sus organizaciones -según la doctrina de los órganos de control normativo de la OIT- pero también colectivamente. La huelga es un acto colectivo y su ejercicio también lo es; su naturaleza no se desdobra sino que es compleja, provista de facultades o poderes individuales y colectivos, positivos y negativos, endereços a la protección del interés colectivo de los trabajadores. Es tanto un derecho colectivo cuando la pone en practica un sujeto que posee ese carácter -esto es un sindicato o una coalición- como cuando la ejercitan los trabajadores, que lo hacen no de manera individual sino colectiva, aunque sean unos pocos o uno solo el que adhiera a ella, luego de que la mayoría decidida no hacerlo en ejercicio de la libertad sindicatos individual negativa por parte de cada uno. La naturaleza del derecho fundamental a la libertad sindical es siempre colectiva, que en su totalidad está constituida por libertades o poderes individuales que complementan y contrarrestan las libertades o poderes colectivos. Las facultades individuales que integran el derecho de libertad sindical (en el caso de la huelga, la de adhesión o no adhesión) son susceptibles de ser ejercidas por los trabajadores individualmente, y las facultades colectivas (como es el caso de la convocatoria o declaración de la huelga), por las organizaciones sindicales o toda otra que aquellos "estimen convenientes" (arts. 2 y 10, conv. 87)".

Por último, la negación de este carácter eminentemente colectivo -y sólo secundariamente individual- implica también la posibilidad de negar el derecho de huelga a determinados individuos en función de sus vínculos laborales. Por lo tanto, la limitación del derecho de huelga a los trabajadores con una relación laboral debe considerarse difícil de justificar.

De hecho, el derecho a la huelga en la mayoría de los países no abarca a todos los trabajadores. Las huelgas están generalmente restringidas a los trabajadores empleados (por otros), excluyendo a los trabajadores autónomos. Aunque la huelga se considera un derecho humano fundamental, se interpreta que la libertad de asociación prevista en el Convenio 87 sólo se reconoce en el contexto de la relación entre "trabajadores y empleadores", y el principio de especialización se utiliza para justificar la exclusión de los trabajadores por cuenta propia, algo que haría que la huelga

volviera al contexto de la relación laboral, su "hábitat natural". (VILAVICE RÍOS, 2010, p. 57). También para la Sala Franco y Albiol Montesinos (2002, p. 53), que excluyen de la libertad sindical a los trabajadores que "carecen de un interés sindical antagónico".

Una posición contraria, a favor de los trabajadores autónomos y semiautónomos, corresponde a Ojeda Avilés (2002, p.307), que aboga por la conversión del derecho laboral en un derecho a todo el trabajo humano, de modo que el derecho de huelga se extienda también a estos trabajadores⁹⁵. El Tribunal Constitucional italiano (Sentencia 222/1975 de 17 de junio) dio un paso en esta dirección al entender que los pequeños empresarios que no tienen empleados tienen derecho a la huelga (y no, en este caso, al "cierre patronal"). Lo mismo ocurre con el Tribunal Supremo italiano en relación con los médicos autónomos contra las compañías de seguros de salud (Sentencia de 20 de junio de 1978).

En el caso brasileño, la exclusión es aún menos justificable, ya que la Constitución de 1988 no excluye a los trabajadores autónomos de los derechos sociales. La norma del artículo 7 de la Constitución de 1988, que enumera los derechos de los "trabajadores urbanos y rurales", incluyendo en estos derechos típicos de los trabajadores "celetistas" (con vínculos laborales), parece claramente incluir también a los trabajadores autónomos entre los beneficiados por las normas contenidas en el Capítulo II de la Constitución ("Derechos y garantías fundamentales"), incluyendo el

95 A diferencia de los autónomos (que serían autónomos como propietarios de su actividad o de su empresa, pequeños empresarios o profesionales independientes), los semiautónomos son económicamente dependientes (tienen pocos clientes de los que dependen vitalmente; incluso cuando no tienen tiempo o control personal sobre el empresario, trabajan personalmente para una única empresa).

derecho de huelga (artículo 8) (SCHMIDT, 2007, p. 305). Sin embargo, la ley de huelga brasileña, sin ninguna justificación constitucional, define la huelga como "la suspensión colectiva, temporal y pacífica, total o parcial, de la prestación personal de servicios a un empleador". Una vez más, de manera menos crítica, se ha incorporado una visión de la huelga como exclusiva de los trabajadores asalariados, y se han planteado las posibilidades de extender la acción de la huelga a los trabajadores autónomos.

En un mundo en el que las condiciones de trabajo se definen cada vez más fuera de los parámetros tradicionales de la relación laboral, parece importante "reconceptualizar" la huelga para incluir a los trabajadores temporales, a los de las empresas subcontratantes o de los grupos de empresas; precisamente a los que son más vulnerables a la determinación de sus condiciones de trabajo por parte de otros que no son el empleador: el derecho a la huelga debe acompañar estas tendencias bajo pena de una creciente irrelevancia (GOMES, 2017, pág. 160).

1.4.4 La huelga como instrumento subalterno de la negociación colectiva

Un tercer elemento del concepto tradicional de huelga se refiere a la finalidad de la misma que, dentro del concepto clásico, debe perseguir estrictamente un objetivo esencialmente laboral o profesional, entendido como el que pretende lograr la satisfacción del empleador de las reivindicaciones destinadas a mejorar las condiciones de trabajo. Así, autores como Hueck y Nipperdey conciben la huelga como la búsqueda de la solución de un conflicto dentro de la empresa o profesión "con la voluntad de seguir trabajando" (HUECK; NIPPERDEY 1963, p. 408).

La principal consecuencia de la adopción de un modelo tan restrictivo es que no se permite que la huelga contenga reivindicaciones que no tengan una finalidad laboral o profesional, es decir, que se dirijan a algo distinto de las reivindicaciones dirigidas al empleador en los espacios institucionales que la ley reserva para la negociación

colectiva en su dimensión normogénica, es decir, para "la creación de un nuevo derecho o para evitar el desorden de un derecho existente" (ACKERMAN, 2017).

Esta vocación normalizadora, sin embargo, no tendría que limitarse a los espacios restringidos del contrato de trabajo o de la relación privada, sino que podría extenderse a otros ámbitos más amplios, dado que los intereses de los trabajadores trascienden los ámbitos estrictos del pacto laboral, llegando incluso a intereses mucho más amplios, que incluyen a las entidades sindicales en el ámbito de los espacios de construcción de políticas públicas, dentro de lo que podría denominarse "democracia concertada". A pesar de las eventuales críticas⁹⁶, hay que reconocer que las reivindicaciones del sindicato se han ampliado mucho y que ya no se puede hablar de intereses "estrictamente laborales". Además, la composición de los intereses opuestos capital-trabajo no se limita necesariamente a la relación entre entidades privadas, y también puede involucrar al poder público, como ocurre en Brasil con el Poder Normativo de la Justicia Laboral⁹⁷. Incluso en la teoría política más actual, la negociación entre los sectores sociales representados por sus entidades ha sido utilizada cada vez más para crear reglas para temas políticos bastante complicados, como las consultas populares para temas ambientales o las deliberaciones de obras públicas en los presupuestos participativos (NARDÍZ, 2009).

Otro problema que surge de la subordinación de la huelga a la negociación colectiva está vinculado a la titularidad del derecho. Así, Mario Ackerman (1990, p.

96 Una crítica al sindicalismo de participación o de "concertación social", considerado como un nuevo tipo de defensiva, neocorporativa en ALVES, 2000.

97 El poder normativo de la Justicia del Trabajo se basa en el artículo 114 de la Constitución Brasileña y consiste en la facultad de decidir, crear y modificar normas sobre las condiciones de trabajo, respetando siempre las disposiciones mínimas convencionales y legales de protección laboral.

810), citando el art. 14 bis de la Constitución argentina, sostiene que sólo los sindicatos legitimados para negociar colectivamente (y también para soportar cualquier daño causado por el ejercicio ilegal o abusivo del derecho de huelga) están legitimados para convocar una huelga.

Otra particularidad de limitar la huelga a los espacios estrechos de la relación laboral con el empleador es la aceptación de una prohibición implícita de la huelga política. Otras reivindicaciones, de carácter político, que no tienen un objetivo laboral o profesional, así como otras que no se pueden identificar directamente con el interés de los huelguistas, como la "huelga de solidaridad"⁹⁸, quedarían implícitamente excluidas de dicho ámbito. Según este entendimiento, la legalidad de la huelga depende de que las reivindicaciones se limiten al ámbito laboral y estén vinculadas a la relación del trabajador con el empleador. Como huelguista, sólo se reconoce el derecho a reclamar como objeto-participante en la relación productiva capitalista. O, como dice, Bernard Edelman:

"Calificando el trabajo como "profesional", se sitúa en el lado de lo económico: al Hombre (el trabajador), lo económico; al ciudadano, la participación política. Entonces, la burguesía puede afirmar serenamente que la política se detiene a las puertas de la fábrica; puede negar a la clase obrera la única práctica de clase que le es propia: la huelga, ya que es la única práctica en la que la clase obrera se organiza, en los lugares de producción" (EDELMAN, 2017, p. 53).

Hay que concluir que, en estos casos, el trabajador en lucha no es visto como ciudadano, dejando a las puertas de la fábrica sus derechos de participación democrática en la formulación de una sociedad plural. Una restricción tan drástica del

⁹⁸ A pesar de ser la huelga de solidaridad "la expresión más genuina de los intereses unitarios de la solidaridad de clase y laboral" (PALOMEQUE LOPEZ: ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2019, p. 414).

derecho de huelga no es consciente de que la huelga no tiene por qué tener un objetivo económico, pues también puede ser moral, política, social, siempre que sea predominantemente colectiva (GUIMARÃES, 1995, p. 112). Como dice Baylos Grau, la huelga debe ser reconocida como un "derecho ciudadano":

"La huelga trasciende la esfera privada del contrato de trabajo e implica a toda la sociedad y su sistema de organización política, buscando la implementación de mecanismos que aseguren la realidad de fórmulas igualitarias. Así, fundamentalmente, la huelga distorsiona la realidad social al romper la disciplina del trabajo y paralizar la actividad productiva, piedra angular de las instituciones jurídicas en general y del derecho laboral en particular" (BAYLOS GRAU, 1981, p. 23-4).

Por supuesto, las huelgas son el principal vehículo de presión y de fuerza necesario para el inicio o el desarrollo de la negociación colectiva -y, por lo tanto, favorecen la pacificación del entorno económico-profesional (GODINHO DELGADO, 2009, p.158)⁹⁹ -, pero las huelgas no pueden limitarse a este aspecto únicamente. No se pueden ignorar las conexiones entre el contrato de trabajo individual y las relaciones sociales en su conjunto, en las que el trabajador está necesariamente inserto, ya que no renuncia a su ciudadanía cuando pasa por las puertas de la empresa. Ojeda Avilés (citado por GARCÍA, 2012) señala como "punto débil" de la teoría contractualista precisamente su rigidez civilista, que separa la huelga económica de la política, sin darse cuenta de la actual concentración de la estructura económica en la que el Estado juega un papel cada vez más relevante, produciendo un "continuum" a través de la

⁹⁹ Y, en este sentido, la auto-tutela a través de la huelga se convierte en una forma de referencia para la solución de conflictos colectivos, al igual que la autocomposición (acuerdo) o la heterocomposición (mediación, arbitraje o disidencia colectiva).

huelga "político-económica", en la que las cuestiones profesionales se dirigen al Estado.

Hay que recordar que el paso de la solución del conflicto colectivo a la negociación de las condiciones de trabajo sólo se produjo después de transcurrido un período de tiempo considerable, ya que las huelgas, históricamente, comenzaron como reivindicaciones generales, dirigidas tanto a los empresarios como a los gobiernos, como una protesta vehemente contra las condiciones de trabajo y de vida indignas.

Así como la lucha colectiva no se limitó históricamente al abandono colectivo del trabajo, tampoco las reivindicaciones se limitaron al ámbito estrictamente profesional o se dirigieron exclusivamente al empleador. Las reivindicaciones por la vida y el trabajo eran mixtas, dirigidas sobre todo a los patrones, pero también a los poderes públicos, verdaderos gritos contra la injusticia de la condición social subordinada de los trabajadores en general. Fue por el desarrollo de las relaciones laborales, en las que la propia necesidad productiva comenzó a exigir formas contractuales más estables, por lo que la continuidad de la prestación de servicios se convirtió en la regla. Así, se superó la fase de contratación diaria y despersonalizada de los primeros tiempos de la industrialización, y se generalizó el contrato de trabajo por tiempo indefinido como se conoce hoy en día. La idea de una huelga estrictamente "contractual" tiene raíces históricas mucho menos profundas de lo que pretende.

Así, a pesar del amplio concepto de un "derecho individual de expresión colectiva", se desconoce la prevalencia del interés colectivo, que es inherente a la propia huelga. Este carácter colectivo que se deriva de la solidaridad basada en una existencia común entre individuos que comparten las mismas condiciones de trabajo y vida se manifiesta en gran medida en las llamadas "huelgas de solidaridad". Si bien puede ser un tópico afirmar que una categoría profesional se beneficia, incluso indirectamente, de los logros de otra categoría, el modelo clásico de huelgas restringidas a intereses específicos (en algunos casos restringidas a la empresa o incluso al lugar de trabajo) ha limitado el alcance de las huelgas solidarias, que a

menudo requieren la "demostración" de un nexo común reivindicativo que justifica la solidaridad. En este punto, la posición de la OIT es más amplia, admitiendo la licitud de una huelga de solidaridad con trabajadores que realizan otra huelga, y por lo tanto que la prohibición general de las huelgas de solidaridad puede ser abusiva (párrafo 770, OIT, 2006).

No impresiona el clásico argumento de la supuesta imposibilidad de las huelgas para transmitir intereses que no pueden ser satisfechos por el empleador. La efectividad de la huelga se expande en la misma proporción en que la empresa interfiere en la realidad social, y no es raro que se utilice para fines que trascienden el entorno empresarial (CARVALHO, 2011, p. 19).

La huelga está limitada a un papel meramente instrumental, cuyo único propósito es forzar al empleador a negociar, incluso cuando no sirva a los mejores intereses de los trabajadores. La limitación conceptual de la huelga como necesariamente profesional, dirigida contra el empresario y restringida a formas de abstención colectiva y temporal del trabajo parece desconocer su esencialidad como instrumento histórico de lucha y protesta, no sólo ante las demandas de determinados grupos profesionales, sino de toda la clase obrera. En cualquier caso, no tiene sentido una interpretación demasiado restringida de las reivindicaciones profesionales, sin tener en cuenta que una huelga, por ejemplo, "puede ser válidamente lanzada en protesta por un despido colectivo injustificado o en represalia por cualquier actitud violenta adoptada por el empleador o su empleador contra una persona o contra un

grupo de empleados"¹⁰⁰ (SOUZA, 2007, p. 53). O no reconocer que el interés legítimo del trabajador es que si adopte, o no, una medida gubernamental cuando tiene un impacto relevante en la vida profesional del trabajador. Aunque el ejercicio de este derecho repercuta en el empresario - aunque no tenga condiciones reales de atender las demandas del movimiento huelguístico - este hecho debe ser considerado a la hora de establecer la responsabilidad del empleado (especialmente en lo que se refiere a los salarios intercalados de la huelga), pero no será motivo para declarar la huelga ilícita, negando la efectividad al derecho fundamental de la huelga (CARVALHO, 2011, p. 20).

En Italia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1974) amplía la posibilidad de las huelgas de solidaridad, siempre que exista una indudable comunicación de intereses entre las categorías: la que reclama y la que la apoya (GODINHO DELGADO, 2002, p. 138). Aunque la apertura de la norma italiana a las huelgas de solidaridad es ejemplar, se puede cuestionar el criterio el intérprete utilizará para verificar cuándo existe "indudable comunicación de intereses" está presente o no, o incluso si la solidaridad entre los trabajadores - de cualquier categoría profesional - no es una constante en todas las luchas sindicales.

La OIT, en cambio, considera lícita una huelga política, excepto cuando es "puramente política", ejemplificando la hipótesis de una huelga que obstaculizaría el desarrollo de la actividad parlamentaria, lo que configuraría una "huelga insurreccional". Según la OIT, las reivindicaciones que persigue la huelga pueden

100 Como reflexiona el autor, no sería una "huelga solidaria", porque los trabajadores estarían defendiendo sus propios intereses, protegiéndose de futuras violencias.

resumirse en tres categorías: a) las de carácter típicamente laboral, que buscan garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores; b) las de carácter sindical (que buscan garantizar los derechos de las organizaciones sindicales y de sus dirigentes) y c) las de carácter político. Entre estas últimas, hay que distinguir entre las huelgas "puramente políticas", que quedarían fuera del alcance de los principios de la libertad sindical, y las huelgas "mixtas", que tienen un alcance más amplio. Entre ellas se incluye la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social en las que los trabajadores y sus organizaciones deben poder expresar su insatisfacción con las cuestiones económicas y sociales relacionadas con sus intereses.

Esta posición, más avanzada aún, niega la posibilidad de extender el campo protegido de las huelgas legales a las "huelgas puramente políticas", es decir, aquellas dirigidas contra la política del gobierno sin que su objeto sea un conflicto laboral, distinguiéndolas de otras -estas huelgas legales- que son huelgas de "imposición económico-política" con trascendencia laboral, adoptadas contra las políticas del gobierno u otras instancias del poder público referidas a la adopción de medidas relacionadas con las relaciones laborales.

Contrariamente a la visión de exclusión de las huelgas políticas, Monereo Pérez y Natalia Jiménez (2014) presentan una clasificación de la huelga por sus objetivos, dividiendo las huelgas como 1) laborales (modelo iusprivatista), que están directamente dirigidas a mejorar las condiciones de trabajo; y sociopolítico (modelo publicitario o sociopolítico); y 2) sociopolítico, que se caracterizan por tener contenidos más generales, no necesariamente vinculados a la relación jurídica como empresario, desconectados del proceso de negociación o, al menos, no vinculados a la negociación inmediata. Ejemplos de esto último son las protestas contra las políticas gubernamentales; relacionadas con la seguridad social, la reforma del mercado laboral, la privatización o la reestructuración de los servicios públicos. En tal clasificación, los intereses generales de la clase obrera ya no se excluyen con el pretexto de que no son

intereses "estrictamente contractuales" y, por lo tanto, no pueden ser objeto de negociación colectiva. Por el contrario, la consideración de que los intereses protegidos por la huelga abarcan todos aquellos aspectos "en los que, de forma real y efectiva, afectan a la situación de los trabajadores "en su doble y estrecha condición de partes en una relación interprivada y de miembros de un grupo social en el que se estructura una sociedad pluralista" (MONEREO PÉREZ: JIMÉNEZ, ob. cit.) En un modelo abierto y dinámico de derecho de huelga, éste puede entenderse como un medio de autoformación en todas las esferas de la vida social, y es legítimo que los sindicatos puedan adoptar decisiones relativas a sus intereses que vayan más allá de la esfera de las relaciones laborales. Por esta razón, la huelga puede ser ejercida en todas las instancias de poder - y no sólo contra el empresario, convirtiéndose, además de un medio de presión en el marco de las relaciones laborales, en un instrumento de emancipación de la clase obrera (MONEREO PÉREZ, 1994, p. 223).

De esta manera se legalizan las huelgas generales, como enseña Antonio Baylos Grau (2018), reconociendo la función del derecho de huelga en la defensa de los intereses de los trabajadores "como tales"¹⁰¹, es decir, "no en la medida en que se sitúen en el marco de una relación contractual o de servicio, sino por su posición social subordinada". Para Baylos Grau, la Constitución Española adopta una noción multidisciplinar del derecho de huelga, coincidiendo con la pluralidad de centros de imputación normativa que regulan las relaciones sociales en las que el trabajo es determinante (BAYLOS GRAU, 2018).

101 Como clase social o colectividad social diferenciada (MONEREO PÉREZ: JIMÉNEZ, 2014).

En este contexto, la prohibición de una "huelga exclusivamente política" sólo se justifica en situaciones excepcionales. En este sentido, el Tribunal Constitucional español dictaminó que las huelgas son ilegales sólo cuando tienen por objeto "subvertir el orden constitucional"¹⁰². El STC español trabaja sobre un "concepto límite" para las huelgas políticas, admitiendo que, "de duración preanunciada" y con pretensiones de alcance general de las relaciones laborales, "sin fines ulteriores y ocultos", integran plenamente el ámbito de la protección del derecho de huelga.

João José Sady (2007, p. 7-8) señala, en el origen de esta distinción, el pensamiento de Luísa Galantino y Gini Giuni, a través del cual sólo se considera insurreccional aquella huelga de carácter general que pretende el derrocamiento del Estado, es decir, de las instituciones democráticas republicanas. Esta comprensión ha consolidado una tendencia a reducir en el campo doctrinal los obstáculos a las huelgas políticas hasta que sólo sean desafiados por la "huelga insurreccional" (CARVALHO, 2011, p. 25).

Parece importante delimitar con cierta precisión el concepto de "huelga insurreccional", ya que de lo contrario ampliaría demasiado el concepto para abarcar cualquier huelga dirigida contra las autoridades públicas. Así, una huelga política dirigida contra los poderes públicos para lograr ciertas reivindicaciones no susceptibles de negociación colectiva no puede calificarse de insurreccional (CARVALHO, 2011,

102 Según la STC 36/1993, de 8 de febrero, no es ilegal la huelga para protestar contra las medidas que el Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial ha adoptado en el ámbito de las relaciones laborales o con incidencias en las mismas

p. 30)¹⁰³. Según lo descrito por Carlos López Monis (1986, p. 36, citado por SADY, 2007):

"Estas huelgas políticas no insurreccionales pueden dirigirse contra el Parlamento, el Gobierno (nacional o extranjero), una autoridad pública (nacional o extranjera) o los tribunales. También pueden consistir en simples huelgas de protesta de cierta duración y propósito demostrativo o en huelgas de lucha más prolongadas o caracterizarse como huelgas económico-políticas o de imposición mixta en las que se mezclan claramente los motivos profesionales y políticos. Las huelgas mixtas típicas serían las dirigidas contra la política económica del gobierno (políticas de ingresos y salarios, política de empleo, etc.), las huelgas político-sindicales (garantías de acción sindical) o, en el otro extremo, las huelgas motivadas por la lucha por la reforma (vivienda adecuada, sistema fiscal redistributivo, dotación debida al sistema educativo, transporte público suficiente, etc.)".

En resumen, deben ser los propios trabajadores los que deben definir el alcance de la huelga, tal y como se expresa en la Constitución brasileña. Como enseña Baylos Grau, el carácter extraprofesional -verdaderamente extralaboral- de una acción colectiva no se define "desde fuera": en el ejercicio de la autonomía sindical, en cada momento concreto, son los trabajadores los que deciden lo que les interesa, sin que tal decisión colectiva tenga que ser "válida" por organismos externos o que esté determinada en su alcance por las pretensiones de la contraparte empresarial (BAYLOS GRAU, 2018).

1.4.5 - Un deber de paz laboral implícito al convenio colectivo

103 Por ejemplo, el proyecto de ley de huelgas de España de 1992, en su artículo 5, consideraba ilegales sólo las huelgas que tuvieran por objeto subvertir el orden constitucional

En el sentido común, hay una notable antipatía por la huelga, viéndola como un recurso que sólo se justifica "in extremis" y que, cuando estalla, debe terminar lo antes posible. La huelga es vista con desconfianza y a menudo se sospecha que detrás de las demandas de los trabajadores hay razones no confesadas de naturaleza política que amenazan la paz social.¹⁰⁴ Cuando se inicia una huelga, se suele cuestionar si es oportuna y, a menudo, se lamenta que no haya sido precedida por un intento de solucionar la cuestión mediante la negociación. En ocasiones, se acusa a los trabajadores de violar un "deber de paz" porque, en el modelo clásico de huelga, la huelga es un recurso que debe ser utilizado en última instancia.

La idea de la huelga como "último recurso" oculta una visión prejuiciada de que ésta es social y políticamente indeseable. En este contexto, la huelga sería legal y justificable sólo cuando la negociación fracasa o se paraliza sin perspectivas de solución. Hasta cierto punto, se equipara el conflicto laboral que provoca la huelga con el estallido de animosidades propias de una declaración de guerra.

Este prejuicio no tiene una base real, ya que la huelga casi siempre se desencadena tras exhaustivos intentos de negociación. En la crítica de Arnaldo Sússekind (1993, p. 37), la huelga tiene su propio espacio en el curso de la negociación colectiva ya iniciada, cuando los trabajadores concluyen que "los empleadores, o sus sindicatos, no quieren proporcionar información relevante o se niegan a conceder lo que pueden". Es precisamente en este momento cuando la huelga adquiere

104 Incluso las doctrinas sociales ven las huelgas como una clara aversión: "Admitiendo que es un medio legítimo, hay que subrayar que, al mismo tiempo, las huelgas siguen siendo, en cierto sentido, un medio extremo. No se puede abusar de ella; no se puede abusar de ella especialmente por los "juegos políticos". DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA (Encíclica Laborem exercens, Juan Pablo II, 14-09-1981.

"importancia primordial" para superar el estancamiento de las negociaciones, como advierte Efrén Córdova¹⁰⁵. Por otro lado, la huelga no puede ser vista como una suspensión de las negociaciones; por el contrario, en ocasiones, el desarrollo de la huelga permite intensificar la negociación, aumentando las posibilidades de una solución consensuada del conflicto.

El conflicto laboral es la expresión de un conflicto permanente y estructural, y la huelga no representa otra cosa que la posibilidad de dirigir la solución a través de la negociación, que necesariamente se produce entre las partes desde su estallido¹⁰⁶. Además, el razonamiento del legislador parece asumir que la huelga puede ser decretada "irresponsablemente", sin que los trabajadores hayan considerado adecuadamente los altos riesgos inherentes a la huelga, optando por ella incluso antes de intentar negociar con el empleador, lo que implica que no son lo suficientemente maduros para decidir sobre sus propios intereses. Finalmente, como ya se ha dicho, las negociaciones no cesan durante la huelga, ni tampoco durante el curso de las guerras. Incluso si se acepta la analogía errónea de la guerra, para parafrasear a Clausewitz¹⁰⁷, la huelga no sería más que la continuación de las negociaciones por otros medios. Por supuesto, si el objetivo principal de los huelguistas es obtener un acuerdo que satisfaga sus intereses, ¿cómo entender que la huelga es algo más que una forma de presión diseñada para influir en el proceso de negociación, - y no un sustituto del mismo?

105 La huelga, o su simple amenaza, desempeña un papel motor de primera importancia, especialmente cuando se produce un punto muerto en las discusiones. (CÓRDOVA, 1985, p. 296).

106 Esta idea, por cierto, se confirma en la práctica diaria, ya que a menudo la huelga ocurre precisamente para romper una resistencia empresarial de no negociación

107 Para quienes la guerra es la continuación de la política por otros medios.

En la práctica, la huelga, en sí misma, es una demostración incluso del cumplimiento del requisito de "ultima ratio". En otras palabras, la huelga siempre se desencadena como último recurso por parte de los trabajadores, precisamente por los altos riesgos que implica, ya sea para el colectivo o para los huelguistas individualmente considerados. Se puede decir que, normalmente, la huelga sólo se produce cuando la situación económica de los trabajadores se hace insostenible, cuando no hay otra salida que paralizar el trabajo como forma de forzar la apertura o la continuidad de las negociaciones.

Para la mayor parte de la doctrina existe el llamado "deber de paz", que es tributario de la idea de que la huelga constituye un instrumento para la obtención de un convenio colectivo; la huelga que se produce dentro del período de tregua previsto en el reglamento colectivo se entiende como ilícita.

Una excepción es la de Gino Giuni, que entiende que el "deber de paz" compromete sólo a la entidad sindical. Así, rompe con la idea civilista subyacente en la expresión "pacta sunt servanda", entendiendo por tal la unilateralidad del acuerdo de huelga, que establece obligaciones sólo para el empleador -y no para el trabajador, que no ha afectado su derecho a recurrir a la huelga (GIUGNI, 1998, págs. 128-131)

En este mismo sentido, ERMIDA URIARTE (2000, p. 9), tal vez el más notable jusbatalista latinoamericano, para quien el conflicto es lo normal -y no la excepción en el derecho laboral colectivo- y no debería existir tal compulsión para resolver dicho conflicto, pero ante todo, debería permitirse que el conflicto se exprese¹⁰⁸.

108 La huelga no es una forma de resolución de conflictos, sino una expresión del conflicto (SOUTO MAIOR, 2010a, p. 256). O, en palabras de Márcio Túlio Viana (2009, p. 103): "El conflicto no es una anomalía, sino que

La idea de que la huelga debe ir seguida de un período de "paz laboral"¹⁰⁹ se debe a la misma visión negativa del conflicto, que la acepta como legítima sólo en el contexto de la negociación colectiva, es decir, sólo se justificaría por la imposibilidad de obtener la satisfacción del interés defendido por cualquier otro medio. Así, la huelga existiría por y a través del consenso representado por un convenio colectivo. En resumen, la huelga sólo se entendería como legítima cuando se hayan agotado todos los procedimientos de autocomposición.

Uno incluso piensa en el "efecto de deber de la paz" como si la paz fuera una consecuencia lógica de un compromiso de tregua después de que se haya alcanzado un acuerdo, pacto, contrato o convención. Así, habría una "cláusula de paz implícita o automática" por la cual los contendientes se comprometen a mantener un nivel de ausencia de controversias (SOUZA, 2018). Además, un deber de paz social surgiría de la existencia misma de la negociación colectiva, junto con otros principios como la buena fe, el derecho a la información y el carácter razonable. (TEIXEIRA FILHO, 1993, p. 1047).

Sin embargo, el derecho de huelga es inalienable y no puede ser objeto de negociación colectiva¹¹⁰. No podría ser de otra manera, ya que las huelgas son un medio de autodefensa y nadie puede renunciar válidamente al derecho a defenderse. Por otro lado, la idea de un "deber de paz" como propio de la dinámica laboral

es inherente a la propia relación de trabajo, que se basa en la subordinación, de la que se puede decir que es "anatómicamente conflictiva".

109 Una recopilación de las ideas que dieron lugar al concepto de la "inmanencia del deber de paz laboral" desde Hueck y Nipperdey en CAVIGLIA, 1991.

110 Así lo entiende la Sessão de Dissídios Coletivos do TST, RODC-833/2008-000-15-00.4, Rel. Katia Magalhães Arruda, 16/6/2009.

(PASSARELI, 2009) no hace más que trasladar al ámbito del derecho de huelga la misma relación de subordinación que preside las relaciones laborales en el capitalismo. Una visión más adecuada del conflicto, por el contrario, es romper con la idea civilista de "pacta sunt servanda", dando plena fuerza a un derecho reconocido constitucionalmente (FRANCIA, 1988, p. 161) y reconociendo la unilateralidad del acuerdo de huelga, de manera que establece obligaciones sólo para el empleador, sin asumir compromisos para futuros conflictos.

En cualquier caso, aunque esto fuera posible, el sindicato no podría renunciar a un derecho de huelga que no le es propio, sino el de los trabajadores. El sindicato puede incluso renunciar a patrocinar la huelga o a coordinarla, pero no se compromete en nombre del trabajador. Por otro lado, "la complejidad de los actos que conducen a una huelga, que requieren la intervención de más de una persona, además de la participación impuesta del sindicato, no permite garantizar de forma absoluta su práctica o cumplimiento, aunque se pretenda la omisión de recurrir a la huelga" (SOUZA, 2018).

En cualquier caso, hay que cuestionar el contenido de tal compromiso de paz que, en una visión simplista, cubriría cualquier reivindicación, presente o futura, durante un cierto período de tiempo. El propio Gino Giugni (1991, pág. 128), aunque concede gran importancia a la "cláusula de paz", advierte que el pacto de tregua no puede lograr lo que no fue objeto de negociación y que no se acordó. En cualquier caso, como cualquier cláusula vinculante, la regla "rebus sic stantibus" debe ser admitida, aunque sea de forma implícita. Incluso en la legislación brasileña, en la que la "cláusula de paz" fue plenamente aceptada (art. 14 de la Ley nº 7783/89) hasta el punto de considerar "abuso de la huelga" el mantenimiento de la misma "después de la celebración de un acuerdo, convenio o decisión de los Tribunales del Trabajo", se admite expresamente la huelga que esté motivada por la sobrevenida de un nuevo hecho o imprevisto que modifique sustancialmente la relación laboral" (ítem I) o que "tenga como objetivo exigir el cumplimiento de la cláusula o condición" (ítem II).

Aún problemática es la caracterización de un "agotamiento de la negociación" como presupuesto para la huelga a efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 7783/89¹¹¹. Debido a la dudosa conexión entre este artículo y los requisitos para la presentación de una negociación colectiva ante los tribunales laborales previstos en el párrafo 3 del artículo 114 de la Constitución¹¹², se pretende ver un "requisito general" para la negociación colectiva y para la propia huelga. Como la caracterización de tal agotamiento de los procedimientos de negociación es siempre muy difícil y, en general, depende de numerosas e incontrolables circunstancias fácticas, en la mayoría de los casos, el destino de la huelga depende de la interpretación de los jueces en cuanto a si se han alcanzado o no "límites mínimos de negociación", en evaluaciones que pueden ser bastante subjetivas¹¹³.

Esta necesaria vinculación de la huelga con la negociación colectiva conduce a interpretaciones extremas, como la de que una huelga sólo se justificaría cuando fuera imposible obtener la postulación mediante un acuerdo con el empleador o cuando hubiera un incumplimiento de una obligación asumida por el empleador en una

111 Art. 3º “Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”.

112 Constituição Federal, art. 114 - § 2º “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

113 En la forma del Orientación Jurisprudencial n. 11 de la SDC del TST: “É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto”. Así, en el entendimiento de que la huelga es “o recurso extremo de pressão dos trabalhadores”. La huelga fue considerada abusiva porque “não se encontra nos autos, todavia, qualquer ata de reunião entre a empresa e o sindicato ou, ao menos, a tentativa dos trabalhadores em convocar a empresa para negociação coletiva antes do ajuizamento do dissídio coletivo pelo suscitante. A pauta encaminhada à Empresa Suscitante está datada em 30/2/2010, três dias após o início da greve” (TST-SDC RO 99600-39.2010.5.03.0000 Rel. Marcio Eurico Vitral Amaro, sentença 11/3/2013)

negociación colectiva anterior.¹¹⁴ Como consecuencia de esta subordinación de la huelga al éxito potencial de la negociación colectiva, las huelgas que no sirvan para hacer prosperar las reivindicaciones pueden ser declaradas injustificadas.¹¹⁵

En un claro retroceso, alguna jurisprudencia considera incluso inadmisibles las huelgas durante el período de tregua si no se basan precisamente en el cumplimiento de una cláusula normativa acordada o en situaciones en las que entra en funcionamiento la cláusula 'rebus sic stantibus', estableciendo criterios de conveniencia y oportunidad en clara usurpación de un derecho fundamental de los trabajadores. También en este caso se produce una inusual suspensión de un derecho fundamental a causa de un convenio colectivo.

En la práctica, se crea una subalternidad de la lucha social, que ahora depende de la negociación colectiva dirigida, más a mantener una "paz social" formal do que a satisfacer las demandas de los trabajadores. En muchos casos, dicha negociación se hace imposible por la intransigencia de los empleadores, que sólo se rompe con la propia huelga, que ahora tiene como primera exigencia una negociación más favorable, en la que los empleadores están más dispuestos a escuchar las demandas de los trabajadores. La ruptura de la "paz social" en este caso, de hecho, se deriva de la necesidad de obtener una verdadera paz social.

114 Los requisitos formales para la regularidad de la huelga en situaciones suficientemente graves, como los repetidos retrasos en el pago de los salarios, los incumplimientos de importantes obligaciones contractuales y legales por parte del empleador, los despidos masivos, el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la salud, la higiene y la seguridad en el trabajo y la calidad del entorno laboral (TST-SDC RO 80399-40.2016.5.07.0000 Rel. Maurício Godinho Delgado, sentencia 09/12/2019).

115 Entendimiento confirmado por el TST SCD (ARE 1319-96.2010.5.12.0000, Rel. Dora Maria da Costa, sentencia 13/9/2011).

Por último, cabe mencionar que, en muchos casos, la exigencia de "agotamiento de la negociación" no es sincera, sino fruto del prejuicio contra la huelga. En este sentido, se crea una demanda imposible para los sindicatos: que la culpa del fracaso de la negociación fue exclusiva del empleador - algo que se acerca a la "prueba imposible".

Esto ocurre debido a una visión distorsionada del conflicto colectivo que termina por identificar cualquier movimiento de huelga como un riesgo para el orden y la paz, indicando al Estado una invención vigorosa para sofocar el conflicto, cuyas causas son irrelevantes (MARQUES DE LIMA, 2004, p. 17). En este contexto, la negociación colectiva no es tanto un intento de diálogo y de solución, sino solamente una excusa para justificar la imposición del silencio y el cese del movimiento de huelga.

En el sentido común, hay una notable antipatía por la huelga, viéndola como un recurso que sólo se justifica "in extremis" y que, cuando estalla, debe terminar lo antes posible. La huelga es vista con desconfianza y a menudo se sospecha que, detrás de las demandas de los trabajadores, hay razones no confesadas de naturaleza política que amenazan la paz social. Cuando se rompe la huelga, casi siempre se cuestiona si es oportuna y a menudo es lamentable que no haya sido precedida por un intento de composición a través de la negociación. A menudo se acusa a los trabajadores de violar un "deber de paz" porque, en el modelo clásico de huelga, éste debe ser lanzado en última instancia.

Este prejuicio no tiene una base real, ya que la huelga casi siempre se desencadena tras exhaustivos intentos de negociación. En la crítica de Arnaldo Sússekind (1993, p. 37), la huelga tiene su propio espacio en el curso de la negociación colectiva ya iniciada, cuando los trabajadores concluyen que "los empleadores, o sus sindicatos, no quieren proporcionar información relevante o se niegan a conceder lo que pueden". Es precisamente en este momento cuando la huelga adquiere "importancia primordial" para superar el estancamiento de las negociaciones, como

advierte Efrén Córdova. Por otro lado, la huelga no puede ser vista como una suspensión de las negociaciones, sino, por el contrario, precisamente cuando la negociación se intensifica, aumentando las posibilidades de una solución consensuada del conflicto.

El conflicto laboral es la expresión de un conflicto permanente y estructural, y la huelga no representa otra cosa que la posibilidad de dirigir la solución a través de la negociación, que necesariamente se produce entre las partes desde su estallido. Además, el razonamiento del legislador parece asumir que la huelga puede ser decretada "irresponsablemente", sin que los trabajadores hayan considerado adecuadamente los altos riesgos inherentes a la huelga, optando por ella incluso antes de intentar negociar con el empleador, lo que implica que no son lo suficientemente maduros para decidir sobre sus propios intereses. Finalmente, como ya se ha dicho, las negociaciones no cesan durante la huelga, ni tampoco durante el curso de las guerras. Incluso si se acepta la analogía errónea de la guerra, para parafrasear a Clausewitz, la huelga no sería más que la continuación de las negociaciones por otros medios. Por supuesto, si el objetivo principal de los huelguistas es obtener un acuerdo que satisfaga sus intereses, ¿cómo entender que la huelga es algo más que una forma de presión diseñada para influir en el proceso de negociación - y no un sustituto del mismo?

En la práctica, la huelga, en sí misma, es una demostración incluso del cumplimiento del requisito de "ultima ratio". En otras palabras, la huelga siempre se desencadena como último recurso por parte de los trabajadores, precisamente por los altos riesgos que implica, ya sea para los trabajadores colectivos o individualmente para el huelguista. Se puede decir que, normalmente, la huelga sólo se produce cuando la situación económica de los trabajadores se hace insostenible, cuando no hay otra salida que paralizar el trabajo como forma de forzar la apertura o la continuidad de las negociaciones.

Para la mayor parte de la doctrina existe el llamado "deber de paz", que es tributario de la idea de que la huelga constituye un instrumento para la obtención de un

convenio colectivo, y la huelga que se produce dentro del período de tregua previsto en el reglamento colectivo se entiende como ilícita.

Una excepción es la de Gino Giuni, que entiende que el "deber de paz" compromete sólo a la entidad sindical. Así, rompe con la idea civilista subyacente en la expresión "pacta sunt servanda", entendiendo por tal la unilateralidad del acuerdo de huelga, que establece obligaciones sólo para el empleador -y no para el trabajador, que no ha afectado su derecho a recurrir a la huelga (GIUGNI, 1998, págs. 128-131)

En este mismo sentido, ERMIDA URIARTE (2000, p. 9), tal vez el más notable yuxtaposicionista laboral latinoamericano, para quien el conflicto es lo normal -y no la excepción en el derecho laboral colectivo- y no debería existir tal compulsión para resolver dicho conflicto, pero ante todo, debería permitirse que el conflicto se exprese.

La idea de que la huelga debe ir seguida de un período de "paz laboral" se debe a la misma visión negativa del conflicto, que la acepta como legítima sólo en el contexto de la negociación colectiva, es decir, sólo se justificaría por la imposibilidad de obtener la satisfacción del interés defendido por cualquier otro medio. Así, la huelga existiría por y a través del consenso representado por un convenio colectivo. En resumen, la huelga sólo se entendería como legítima cuando se hayan agotado todos los procedimientos de autocomposición.

Uno incluso piensa en el "efecto de deber de la paz" como si la paz fuera una consecuencia lógica de un compromiso de tregua después de que se haya alcanzado un acuerdo, pacto, contrato o convención. Así, habría una "cláusula de paz implícita o automática" por la cual los contendientes se comprometen a mantener un nivel de ausencia de controversias (SOUZA, 2018). Además, un deber de paz social surgiría de la existencia misma de la negociación colectiva, junto con otros principios como la buena fe, el derecho a la información y el carácter razonable. (TEIXEIRA FILHO, 1993, p. 1047).

Sin embargo, el derecho de huelga es inalienable y no puede ser objeto de negociación colectiva. No podría ser de otra manera, ya que las huelgas son un medio

de autodefensa y nadie puede renunciar válidamente al derecho a defenderse. Por otro lado, la idea de un "deber de paz" como propio de la dinámica laboral (PASSARELI, 2009) no hace más que trasladar al ámbito del derecho de huelga la misma relación de subordinación que preside las relaciones laborales en el capitalismo. Una visión más adecuada del conflicto, por el contrario, es romper con la idea civilista de "pacta sunt servanda", dando plena fuerza a un derecho reconocido constitucionalmente (FRANCIA, 1988, p. 161) y reconociendo la unilateralidad del acuerdo de huelga, de manera que establece obligaciones sólo para el empleador, sin asumir compromisos para futuros conflictos.

En cualquier caso, aunque esto fuera posible, el sindicato no podría renunciar a un derecho de huelga que no es el suyo propio, sino el de los trabajadores. El sindicato puede incluso renunciar a patrocinar la huelga o a coordinarla, pero no se compromete en nombre del trabajador. Por otro lado, "la complejidad de los actos que conducen a una huelga, que requieren la intervención de más de una persona, además de la participación impuesta del sindicato, no permite garantizar de forma absoluta su práctica o cumplimiento, aunque se pretenda la omisión de recurrir a la huelga" (SOUZA, 2018).

En cualquier caso, hay que cuestionar el contenido de tal compromiso de paz que, en una visión simplista, cubriría cualquier reivindicación, presente o en el futuro, durante un cierto período de tiempo. El propio Gino Giugni (1991, pág. 128), aunque concede gran importancia a la "cláusula de paz", advierte que el pacto de tregua no puede lograr lo que no fue objeto de negociación y que no se acordó. En cualquier caso, como cualquier cláusula vinculante, la regla "rebus sic stantibus" debe ser admitida, aunque sea de forma implícita. Incluso en la legislación brasileña, en la que la "cláusula de paz" fue plenamente aceptada (art. 14 de la Ley nº 7783/89) hasta el punto de considerar "abuso de la huelga" el mantenimiento de la misma "después de la celebración de un acuerdo, convenio o decisión de los Tribunales del Trabajo", se admite expresamente la huelga que esté motivada por la sobrevenida de un nuevo

hecho o imprevisto que modifique sustancialmente la relación laboral" (ítem I) o que "tenga como objetivo exigir el cumplimiento de la cláusula o condición" (ítem II).

Aún problemática es la caracterización de un "agotamiento de la negociación" como presupuesto para la huelga a efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 7783/89. Debido a la dudosa conexión entre este artículo y los requisitos para la presentación de una negociación colectiva ante los tribunales laborales previstos en el párrafo 3 del artículo 114, se pretende ver un "requisito general" para la negociación colectiva y para la propia huelga. Como la caracterización de tal agotamiento de los procedimientos de negociación es siempre muy difícil y, en general, depende de numerosas e incontrolables circunstancias fácticas, en la mayoría de los casos, el destino de la huelga depende de la interpretación de los jueces en cuanto a si se han alcanzado o no "límites mínimos de negociación", en evaluaciones que pueden ser bastante subjetivas.

Esta necesaria vinculación de la huelga con la negociación colectiva conduce a interpretaciones extremas, como la de que una huelga sólo se justificaría cuando fuera imposible obtener la reivindicación mediante un acuerdo con el empleador o cuando hubiera un incumplimiento de una obligación asumida por el empleador en una negociación colectiva anterior. Como consecuencia de esta subordinación de la huelga al éxito potencial de la negociación colectiva, las huelgas que no sirvan para hacer prosperar las reivindicaciones pueden ser declaradas injustificables

En un claro retroceso, alguna jurisprudencia considera incluso inadmisibles las huelgas durante el período de tregua si no se basan precisamente en el cumplimiento de una cláusula normativa acordada o en situaciones en las que entra en funcionamiento la cláusula 'rebus sic stantibus', estableciendo criterios de conveniencia y oportunidad en clara usurpación de un derecho fundamental de los trabajadores. También en este caso se produce una inusual suspensión de un derecho fundamental a causa de un convenio colectivo.

En la práctica, se crea una subalternidad de la lucha social, que ahora depende de la negociación colectiva dirigida en el sentido de mantener una "paz social" formal. – y no en sentido de satisfacer las demandas de los trabajadores. En muchos casos, dicha negociación se hace imposible por la intransigencia de los empleadores, que sólo se rompe con la propia huelga, que ahora tiene como primera exigencia una negociación más favorable, en la que los empleadores están más dispuestos a escuchar las demandas de los trabajadores. La ruptura de la "paz social" en este caso, de hecho, se deriva de la necesidad de obtener una verdadera paz social.

Por último, cabe mencionar que, en muchos casos, la exigencia de "agotamiento de la negociación" no es sincera, sino fruto del prejuicio contra la huelga. En este sentido, se crea una demanda imposible para los sindicatos: que la culpa del fracaso de la negociación fue exclusiva del empleador - algo que se acerca a la "prueba imposible".

Esto ocurre debido a una visión distorsionada del conflicto colectivo que termina por identificar cualquier movimiento de huelga como un riesgo para el orden y la paz, indicando al Estado una invención vigorosa para sofocar el conflicto, cuyas causas son irrelevantes (MARQUES DE LIMA, 2004, p. 17). En este contexto, la negociación colectiva no es tanto un intento de diálogo y de solución, sino sólo una excusa para justificar la imposición del silencio y el cese del movimiento de huelga.

1.4.6 La procedimentalización del ejercicio del derecho de huelga

Por último, aunque no está incluido en la lista de conceptos restrictivos ("cuasi-principios") de Héctor Omar García, aparece en las "formulaciones clásicas" que buscan limitar fuertemente el derecho de huelga con el pretexto de situarlo en el marco de la sociedad civilizada del siglo XX- es el de la "procedimentalización de la huelga"; es decir, el requisito de que la huelga, para ser lícita, siga una estricta hoja de ruta de procedimientos que, en general, minimizan sus efectos y reducen sustancialmente su

eficacia. Esta tendencia a crear requisitos estrictos para el reconocimiento de las huelgas "lícitas", como una forma de "comportar" las manifestaciones de huelga, se ha extendido en la doctrina internacional.

Los legisladores y los adoctrinadores comenzaron a comprometerse a construir los límites por los cuales los movimientos huelguísticos se harían más aceptables, entendidos como bastante insumisos a las normas establecidas, algo que siempre los haría potencialmente amenazantes para el orden existente. Se trata de una tendencia cada vez más presente a principios de este siglo, en la que se invierten esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales en el intento de recuperar una "quinta esencia" de la huelga, para moldearla en un concepto lapidario que excluya las formas "impuras" de la huelga.

De hecho, la proliferación de normas restrictivas que deben ser interpretadas aún más restrictivamente por los tribunales parece confirmar la advertencia de Oscar Ermida Uriarte (2000, p. 11) de que el intento de "definir" la doctrina de la huelga no tenía otro objeto que el de excluir la acción conflictiva de los trabajadores de la garantía constitucional que recibe el derecho de huelga.

Así, por ejemplo, en Alemania, que se opone notoriamente al conflicto laboral, existe un procedimiento detallado para la huelga, que siempre se ha considerado como un mal inevitable que debe ser mitigado por una regulación precisa. Se trata de un concepto de huelga basado en Nipperdey (RUPRECHT, 1979, p. 72) por el cual la huelga se define como la suspensión del trabajo realizado en común y según un plan concertado por un número considerable de trabajadores, dentro de la profesión o la empresa; suspensión decidida con un propósito de lucha, pero con la voluntad de reanudar el trabajo inmediatamente una vez que se alcance un acuerdo, o se termine la huelga - incluso si no se logra el objetivo. La huelga, por lo tanto, está "hecha para terminar", ya que una huelga que ha perdido su potencial para lograr sus objetivos se vuelve ilegítima e inútilmente dañina para la sociedad.

Se trata de un "concepto legalista" (GARCÍA, 2012, p. 11), adoptado por el Tribunal Constitucional alemán, ya que la Ley Fundamental de Bonn, incluso en el art. 9, párrafo 3 de la Constitución alemana¹¹⁶ en el que tal concepto es fundamental, no habla explícitamente de huelga. A través de un concepto complejo, se exige a los huelguistas un alto nivel de conciencia y organización para cumplir con estos requisitos, algo que sólo es concebible en el peculiar sindicalismo alemán¹¹⁷, algo que sólo se comprende plenamente si se considera el peculiar gusto por el orden y la armonía que caracteriza al espíritu alemán. Es también irrecuperable la opinión de Martín Valverde (1972, p. 58)¹¹⁸ quien, al analizar cómo el Tribunal Constitucional alemán desarrolló, ante un amplio espacio normativo, toda una jurisprudencia teleológica restrictiva por la que las huelgas son indeseables y, sólo por excepción, se puede aceptar su legalidad. Este modelo de huelga excluye la mayoría de las huelgas del ámbito protegido por la Constitución, admitiendo sólo las que se realizan bajo el disfraz alemán, es decir, las que se ejercen con moderación y de manera responsable, haciendo hincapié en la colaboración de clase, y menos en el conflicto (LEITE, 2002).

116 "Se garantiza a todas las personas y profesiones el derecho a formar asociaciones para defender y mejorar las condiciones económicas y laborales. Serán nulos los ajustes destinados a restringir o impedir este derecho, así como las medidas a este fin que sean ilegales. Las medidas previstas en los artículos 12a, 35 §2, 35 §3, 87a §4 y 91 no pueden dirigirse contra los conflictos laborales, llevados a cabo por asociaciones en el sentido de la primera frase, para la defensa y la mejora de las condiciones económicas y laborales" (traducido).

117 Con mucho buen humor, ACKERMAN (2017) dice que algunas cosas en Alemania sólo se pueden explicar porque es un país mayoritariamente poblado por alemanes... Así pues, las huelgas legales alemanas siguen un patrón armonioso de relaciones que las empresas tienen con los sindicatos, que incluso incluyen mecanismos altamente consensuados como la autogestión. Sin embargo, no se logra el mismo grado de armonía cuando la huelga es llevada a cabo por trabajadores inmigrantes o dentro de empresas extranjeras con sede en Alemania.

118 No pasó desapercibido para el notable jurista que contribuyó fuertemente al desarrollo de tal doctrina mediante la "inserción arbitraria de elementos privados" de origen anglo-alemán.

Esta misma preocupación por el compromiso inquebrantable de los sindicatos de "civilizar la huelga" a riesgo de descartarla como ejercicio protegido de un derecho fundamental ha llevado a varios países a "actuar como los alemanes", creando un modelo de huelga estrictamente legal. En este modelo se naturalizan las restricciones a la huelga y, como consecuencia lógica, se penalizan las huelgas que superan estos límites estrictos. El resultado de un procedimiento tan excesivo es siempre una importante restricción del derecho fundamental a la huelga.

En este modelo tradicional se permite toda una serie de restricciones al derecho fundamental de huelga, que se limita en determinadas zonas o sectores; debe seguir unos procedimientos obligatorios predeterminados, antes y durante la huelga. Entre estos requisitos, se puede establecer un procedimiento obligatorio de conciliación y/o arbitraje; aprobación en una junta general con un cierto quórum; notificación previa al empleador. La consecuencia del incumplimiento de estos requisitos es que el Gobierno puede ordenar la suspensión o el cese de la huelga o la posibilidad de calificarla de ilegal o abusiva.

Particularmente limitante es el requisito de notificación previa que los huelguistas dan al empleador. La notificación se presenta como una característica esencial de una huelga legal porque demuestra las "buenas intenciones" de los huelguistas, que así renuncian a los actos de huelga que sorprenden al empresario, como la llamada "huelga sorpresa", u otras formas de "acción directa", como negarse a abandonar el lugar de trabajo; o las alteraciones no anunciadas de la producción, como la "huelga de celo" o la "huelga con los brazos caídos". No se sabe que la huelga es un hecho social o, dicho de otro modo, un hecho típicamente sociológico. Por lo tanto, la huelga puede ser totalmente espontánea, sin necesidad de organización, preparación o planificación previa (MARQUES DE LIMA, 2014, p. 28). El requisito del preaviso es también una consecuencia de la idea de que una huelga necesita, para ser legal, una "certificación sindical, algo que es importante en una negación práctica del derecho de huelga pertenece a los trabajadores". La huelga, como fenómeno colectivo, se produce

sin pedir permiso a nadie. En primer lugar, hay que señalar que la huelga es un hecho social y "surge de la complejidad de los fenómenos económicos y sociales, con la fuerza de los hechos que rigen los sistemas jurídicos" (GUIMARÃES, 1995, p. 106)¹¹⁹.

Otro punto bastante problemático es el establecimiento de un quórum para convocar y aprobar la huelga en una asamblea general en clara interferencia con la autoorganización sindical. Al Estado le debe importar poco si la huelga cumple o no con los requisitos de suficiencia y legitimidad, ya que, como instrumento de autodefensa de los trabajadores, la huelga es legítima en sí misma. No hay forma de saber a cuántos alcanza o beneficia el movimiento y, por lo tanto, ¿cómo se puede decir que realmente quién decide es la mayoría? En palabras de Lyon-Caen, el intento de establecer proporciones ideales en un movimiento colectivo equivale a intentar saber con cuántos granos de arena se forma un puñado de arena? (SOUZA, 2007, p. 55).

El procedimiento de la huelga, por ejemplo, en Brasil llegó al paroxismo, creando jurisprudencialmente un rígido "guión de la huelga" a ser seguido por los huelguistas dentro de fórmulas estrictas¹²⁰, llevando siempre casi inevitablemente al juicio (por parte del empleador o del Ministerio Público de Trabajo) de una "disidencia

119 En el dicho poético del autor, Arnaldo Süssekind, "como el flujo de los ríos que destruyen sus propias costas".

120 Estos requisitos formales para la regularidad de la huelga se amplían en situaciones suficientemente graves, como los repetidos retrasos en el pago de los salarios, los incumplimientos de importantes obligaciones contractuales y legales por parte del empleador, los despidos masivos, el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la salud, la higiene y la seguridad en el trabajo y la calidad del entorno laboral (TST-SDC RO 80399-40.2016.5.07.0000 Rel. Maurício Godinho Delgado, julg. 09/12/2019).

de la huelga" en la cual la huelga será juzgada, con la determinación judicial del retorno al trabajo por parte de los huelguistas.

Una vez hechas estas consideraciones, en un intento por esbozar un concepto mínimo de huelga, se puede arriesgar a decir que la huelga se puede caracterizar como una acción colectiva concertada entre los trabajadores, en su ejercicio de auto-tareas, en la que se produce la interrupción del rendimiento laboral con el fin de satisfacer las demandas de una vida y un trabajo mejores. Un concepto muy cercano a éste es el adoptado por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/1981 cuando entendió la huelga como

"una perturbación que se produce en el desarrollo normal de la vida social y, en particular, en el proceso de producción de bienes y servicios que se lleva a cabo de manera pacífica y no violenta, mediante el conocimiento de los trabajadores y de los demás intervinientes en este proceso (...) puede tener por objeto reclamar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos" (STC, Pleno, 11/1981, de 8-4, 10).

Rendon Vásquez (1998, p. 275) también propone que la huelga sea "una paralización colectiva y concertada del trabajo realizado por los trabajadores agrupados en una organización de defensa para obtener de los empleadores o las autoridades la restitución de un derecho conculcado o la mejora o creación de un derecho".

No es este concepto, ligero y flexible, el que se adopta en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, ni el que propugnan la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

1.5 – La difícil construcción de un modelo de derecho de huelga en Brasil.

Históricamente, el uso de la palabra huelga se refiere a "formas de descontento y protesta de los trabajadores, sus prácticas de lucha". Este concepto ha sido moldeado

por estas formas y prácticas, aunque la represión policial y judicial también ha contribuido a este modelado" (LEAL, 1990, p. 565). En el momento de regular la huelga posterior a la dictadura, el legislador brasileño, sediento de suplantarlo todo un marco legal autoritario, en lugar de aprender de su propia historia y seguir la inspiración democrática y moderna que le indicaba la Constitución, prefirió seguir las lecciones mal-apreendidas de otras naciones.

No hay pequeñas dificultades para definir qué es una huelga, y mucho más para conceptualizar el derecho de huelga. Recordemos que las disputas por el reconocimiento legal de formas "atípicas" de lucha obrera siempre han formado parte de la historia misma del movimiento obrero internacional, como en el caso de la famosa disputa sobre la legalidad de las "sit down strikes"¹²¹ de 1936 y 1937 en Estados Unidos, que paralizaron a 126.000 trabajadores de la General Motors¹²².

Esta tarea en Brasil ya sería particularmente ardua como resultado de las condiciones peculiares del país, en parte ya reportadas anteriormente. Así, no es de extrañar que, frente a las inmensas dificultades de tal señor, el legislador nacional optara por un funcionamiento más sencillo y cómodo, de un mero mosaico de concepciones de origen europeo, supuestamente ensayadas en países que se vislumbran como modelos de democracia. Sin embargo, el resultado no puede considerarse satisfactorio.

121 Huelga de ocupación, cuando los trabajadores en huelga permanecen en la planta industrial, impidiendo así el cambio de turno y la acción de la huelga.

122 Las huelgas de ocupación fueron declaradas ilegales por la Corte Suprema de los Estados Unidos (LIMONCIC, 2003).

A continuación se presenta un inventario de algunas dificultades teóricas y de las insuficiencias producidas.

La primera es la superación de una tradición de análisis doctrinal que siempre ha considerado la huelga como causante -o, por lo menos, potenciadora de conflictos sociales.

En primer lugar, no hay que confundir la huelga con el conflicto laboral: es sólo un medio que la clase obrera utiliza para reclamar sus derechos. Así, lejos de ser el problema, la huelga debe ser vista como el comienzo de un proceso que puede resolver el conflicto. La visión de la huelga como "un mal necesario que, de ser posible, debería evitarse" se refiere a la visión obsoleta de la fase de huelga-delito.

Un cierto temor exagerado a las proporciones que puede alcanzar un conflicto de este tipo siempre ha estado presente en el análisis de los principales tribunales brasileños. Así, en palabras de Arnaldo Sussekin, la huelga es, ante todo, un fenómeno social, económico y político que tiene "la fuerza de los hechos que impulsan los sistemas jurídicos, así como "el caudal de los ríos destruye sus propias costas" y, por lo tanto, "al igual que las guerras y las revoluciones, ignora los poderes y los derechos vigentes, porque subjetivamente altera el orden jurídico-social o el propio sistema político y económico". (*apud* GUIMARÃES, 1995, p. 106). En este sentido, la "naturalización de la huelga" es vista con una connotación claramente negativa, como una de las amenazas propias de la naturaleza que la civilización humana debe superar. Esta visión es muy distinta de la concepción igualmente "naturalista" de Alfredo Montoya Melgar (1990, p. 715), para quien, ante cualquier consideración legal y sin ninguna connotación valorativa, la huelga como hecho "se hace puramente natural, a partir de la reacción instintiva del hombre ante ciertas conductas que considera injustas o adversas".

Otros autores, como Russomano (1995, pág. 249), al reconocer la huelga como un hecho inevitable, lamentan que sea, en realidad, una expresión del fracaso del Estado (y, por lo tanto, de la Ley) para ofrecer una solución al conflicto colectivo,

reticentes a admitir la huelga también como un hecho legal. Aquí tenemos la influencia de una visión paternalista del Estado, responsable de prevenir y evitar los conflictos, una altura que ha marcado fuertemente una tradición intencionalista brasileña. Pero también sigue una tendencia de cierto pensamiento filosófico, sociológico y político tradicional que siempre ha entendido la huelga como una violencia innecesaria, inútil y perjudicial para la propia clase obrera. Eso queda claro incluso en el pensamiento del famoso pensador anarquista Proudhon (2003, pp. 7-32) que, en 1846, se impuso contra las huelgas:

"La huelga de los trabajadores es ilegal, y no es sólo el Código Penal que dice esto, es el sistema económico, es la necesidad del orden establecido. Que cada trabajador disponga libremente, como individuo, de su persona y de sus armas, esto puede ser tolerado; pero que los trabajadores intenten por coaliciones ejercer la violencia contra el monopolio, eso es lo que la sociedad no puede tolerar".

Pensando en evitar la intervención estatal perjudicial en las huelgas, algunos pensadores optan por la inconveniencia o, incluso, la imposibilidad de regular legalmente la huelga, ya que ésta es esencialmente, si no contraria a la ley, por lo menos fuera de la ley, siendo así un fenómeno a-legal (BABOIN, 2013, p. 26).

Sin embargo, la mayoría de los autores están de acuerdo en que la huelga se ha convertido en una ley, siendo un fenómeno omnipresente en la sociedad moderna, sin que tenga sentido que no esté contemplada por el sistema legal. Así, ha ganado la corriente de que la huelga es un derecho que hay que reconocer, algo que, en cierto modo, también ha incorporado a la concepción jurídica de la huelga todo un caudal de ideas profundamente opuestas a la huelga y que, ahora, acuerdan regularla evitando un "correo más grande".

Una segunda dificultad a observar es la importación sin reservas y sin crítica de un modelo llamado "clásico", de hecho un mosaico de influencias recortadas sin criterios claros de otros sistemas legales y que tiene la pretensión de "actualizar" la legislación brasileña, dándole lo "más avanzado" de lo que se produjo desde el admirado continente europeo.

Acepta la necesidad de regular el fenómeno de la huelga, que fue duramente reprimido durante el período dictatorial, la opción nacional fue transferir a la ley de la patria un conjunto de conceptos listos, construyendo un concepto supuestamente de aceptación internacional.

Pero la búsqueda de un concepto internacional de derecho de huelga suele basarse en un análisis de derecho comparado, con un atisbo de que éste es positivo en los distintos sistemas jurídicos. Aunque es muy útil, este análisis no debe utilizarse sin tener en cuenta las particularidades locales. Por lo tanto, es un error pensar en un concepto abstracto y universal de la huelga. Tampoco puede dejar de lado una evaluación respetuosa de la compatibilidad de tales normas en una realidad distinta de la que se concibió esa norma. Ninguna norma debe ser vista como la síntesis ideal de los conflictos, sino como el único resultado provisional de las luchas sociales que aún hoy continúan y que -incluso en un futuro distante- no dejarán de existir. Tal cuidado ha sido poco adoptado en la regulación de la huelga en Brasil. Como bien dice Deveali (1957, p.239 citado por RUPRECHT, 1972, p. 71), una definición exacta de la huelga sólo es posible cuando está relacionada con el sistema legal y la situación social de cada país.

Por lo tanto, el intento brasileño de construir un concepto basado en lo que se presentó en la legislación comparada fue doblemente insuficiente. Por un lado, porque el concepto de huelga varía considerablemente en cada país y simplemente la huelga en cada uno de ellos no es la misma: es el resultado de las experiencias e historia irrepetibles de cada nación. Por otro lado, el intento de "transplantar" al suelo brasileño la planta ya cultivada del derecho de huelga en "países más civilizados" no fue consciente de las necesidades y características nacionales. Por lo tanto, no es razonable pensar que se puede trabajar con un concepto homogéneo de huelga, ya que las realidades y condiciones jurídicas, sociales y económicas de cada país son sustancialmente diferentes (BAYLOS GRAU, 2008, p. 126).

Además, hay límites claros en la investigación aislada de normas jurídicas comparadas. Como advierte PERRONE (1996, p. 19), como es habitual en los fenómenos que surgen de las demandas sociales reales, en el derecho laboral (y en particular en el derecho sindical) la eficacia tiende a prevalecer sobre la forma jurídica. Así pues, para el mencionado autor, el examen y la reconstrucción de la calificación jurídica de la huelga en un sistema jurídico determinado no puede ni debe limitarse a la investigación de las normas que le conciernen oralmente, sino que debe ofrecer una perspectiva capaz de abarcar todo el alcance de los conocimientos jurídicos en cuestión.

Además, también sería un error intentar construir un concepto de huelga políticamente neutral. Para José Carlos de Carvalho Baboin (2013, p. 26-27), en un intento por captar toda la relevancia histórica de la huelga, la define como un hecho esencialmente social, teniendo como su verdadera importancia el haberse convertido, a lo largo de la historia, en un medio para que los trabajadores se manifiesten y reivindiquen mejores condiciones de trabajo e de vida, en la afirmación de que el trabajo no es una mercancía de comercio (BAYLOS, 2016). Por lo tanto, debe quedar claro que ninguna propuesta para conceptualizar legalmente la huelga puede presentarse como políticamente exenta.

Oscar Ermida Uriarte (2000, p. 4) expone que, en la regulación de la huelga, concurren factores necesariamente ideológicos, siendo tanto una consecuencia directa de las luchas proletarias como el resultado de los movimientos de opinión determinados por dichas luchas. Así, en la propia delimitación jurídica del concepto de huelga, se puede decir que siempre está expresando políticamente la fuerza relativa de las clases implicadas en el conflicto social en un momento histórico determinado: una solución provisional y siempre sujeta a revisión a medida que cambian las circunstancias sociales y económicas.

Una tercera -y última- dificultad que puede señalarse es la de dejar el fenómeno de la huelga a una cierta casuística, con la esperanza de que la práctica de la huelga

acabe encontrando su propio camino. Si el intento de buscar un concepto comparativo común es en vano -sobre todo porque la legislación de la mayoría de los países fracasa igualmente a la hora de definir la huelga como un derecho- el reconocimiento y la delimitación concreta de la huelga se ha dejado a la jurisprudencia. Esta solución caso por caso también ha sido la de muchos países. Por ejemplo, el artículo 28.2 de la Constitución española¹²³, al considerar la huelga como un derecho fundamental, no describe ni ofrece un concepto que pueda servir como descripción legal de las huelgas (FREIXES SANJUÁN, 1986, p. 223)¹²⁴. Esta es una de las limitaciones señaladas en el derecho de huelga español, quedando la necesidad de establecer un marco jurídico funcional del derecho de huelga para posiciones doctrinales y jurisprudenciales que, finalmente, no han logrado superar en absoluto las limitaciones normativas previstas en el derecho preconstitucional (art. 7.1 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo)¹²⁵.

No es casualidad que el modelo brasileño sufra del mismo mal. También el sistema jurídico brasileño, a pesar de una norma constitucional avanzada (art. 9¹²⁶), desarrolla una deficiente normatividad infraconstitucional e incluso contradice el texto constitucional. Así, también en el Brasil, los conceptos de huelga y derecho de huelga han sido referidos a la labor doctrinal y jurisprudencial, algo que, a pesar de presentar

123 Artículo 28 1. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el antenimiento de los servicios esenciales de la comunidad

124 Lo mismo ocurre en la mayoría de las Constituciones nacionales, incluida la brasileña.

125 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo: “el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”.

126 Art. 9º “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

alguna ventaja desde el punto de vista de la flexibilidad y la plasticidad, sin duda compromete en cierta medida la seguridad jurídica y la estabilidad social. En ambos países, España y Brasil, la gran dificultad para reconocer y delimitar el ejercicio concreto del derecho de huelga debido a dicho abstencionismo legislativo ha dado lugar a una vaguedad conceptual que ha llevado a la utilización recurrente de importantes limitaciones al alcance del derecho de huelga mediante el uso de "definiciones y delimitaciones restrictivas del alcance del concepto de huelga como herramientas metodológicas para excluir de la tutela constitucional la más amplia variedad posible de acciones de los trabajadores" (GARCÍA, 2012, p. 11).

Otra forma de pensar la huelga sería situarla en el contexto de la lucha histórica de los trabajadores, destacando, desde esta perspectiva, los elementos que la caracterizaron y la distinguieron de otras formas de manifestación obrera. Visto desde ese ángulo, no hay manera de ignorar la inseparable relación entre la huelga y la reivindicación política, algo que, en un país tan marcado por la desigualdad y las relaciones laborales injustas como Brasil, ha creado una casi inevitable "politización" de las reivindicaciones de los trabajadores. Esta es la realidad histórica, que no puede ser descuidada, y mucho menos con la pretensión deliberada de "elegir" la forma ideal de huelga que debe ser privilegiada para el futuro. Si los medios de lucha sindical eran variados y heterogéneos, y la huelga presentaba tantas formas y manifestaciones diferentes, como para negar la pluralidad de los marcos legales, como resultado de las diferentes actitudes hacia ella con respecto al derecho positivo (PERRONE, 1996, p. 25). Por esta razón, también en Europa la regulación del derecho de huelga se ha equilibrado entre formulaciones más amplias que cubrían una gran parte de los conflictos colectivos; o más restringidas, lo que prácticamente reducía la huelga al tipo clásico. En cualquier caso, nunca se llegó a un consenso en el plano doctrinal, independientemente del alcance del concepto adoptado. Así, para Ojeda Avilés (1995, p. 426), siempre existen los riesgos tanto de una "generalización excesiva" -que confunde la huelga con cualquier forma de "indisciplina colectiva"- como de una

reducción conceptual que se centra en su manifestación vistosa y protegida, eludiendo otras formas de huelga, a menudo estigmatizadas como "atípicas, impropias o abusivas".

Más contundente es el pensamiento de Oscar Ermida Uriarte (2000, p. 29), para quien las definiciones que restringen el concepto jurídico de huelga pretenden enmarcar la fenomenología de la acción colectiva en "una figura abstracta con pretensión de tipicidad", entendida ésta como el parámetro ideal de legalidad por el que se pretende comparar la ejecución concreta de cada medida de conflicto, midiendo por este molde la conducta de los trabajadores y sus organizaciones. En realidad, para el autor sería, después de todo, sólo una "invención de los juristas" destinada a influir en los órganos judiciales y administrativos con el fin de limitar (o anular) el alcance de la garantía constitucional.

Así, como síntesis, se puede decir que la regulación legal de la huelga en Brasil ha tendido a acompañar, históricamente con cierto retraso, la cambiante metamorfosis de la huelga que se produjo en otros países. Era un modelo híbrido, adoptado por partes, sin grandes justificaciones teóricas.

Finalmente, ¿cuál fue, después de todo, el modelo, supuestamente moderno e internacionalista, envuelto por el legislador brasileño? ¿Cuáles serían los "elementos perennes" que, desafiando una realidad cambiante conocida, se mostrarían capaces de distinguir las expresiones falsas de la huelga en su manifestación "genuina" y al mismo tiempo resultarían eficaces para excluir nuevas formas de huelga? Se trataba del intento de un modelo que, más que una actualización, constituía un verdadero derecho de huelga, en cuanto el país salía hacia la democracia, en el cambio paradigmático que se produjo tras la caída del régimen militar y el advenimiento de la Constitución de 1988.

CAPÍTULO 2 - LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

2.1 Normas internacionales

Las normas internacionales, especialmente las previstas por la OIT, por definición, buscan establecer un nivel mínimo de dignidad para el trabajo que debe ser aceptado por todos los participantes y no puede ser tomado como una prescripción a ser adoptada sin críticas o como un salvoconducto para prácticas discriminatorias o aquellas que buscan congelar la lucha por la expansión de los derechos humanos como "el modelo de producción y las relaciones sociales capitalistas fueron el único modelo de relaciones humanas". (HERRERA FLORES, 2009, p. 160-1)¹²⁷.

Así, el párrafo 766 del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2006) es emblemático en su proclamación:

"El derecho de huelga no debe limitarse a los conflictos laborales que puedan terminar en un convenio colectivo. La decisión de la OIT no debería limitarse a los conflictos laborales que puedan terminar en un determinado convenio colectivo: los trabajadores y sus organizaciones deberían poder expresar, si es necesario a una escala más amplia, su posible insatisfacción con las cuestiones económicas y sociales que sostienen en relación con los intereses de sus miembros".

127 Esto sería un "universalismo de partida" equivocado, cuando se aspira a un "universalismo de llegada" (ibíd., p. 19).

Parece claro que las normas internacionales no pueden ser interpretadas de ninguna manera como un "techo" al que las leyes nacionales están destinadas a seguir, y mucho menos como un modelo a adoptar. Sin embargo, en muchos países - especialmente en Brasil - las normas de la OIT se siguieron al pie de la letra, siempre que se pretendía regular la huelga cuando se trataba de señalar elementos restrictivos y poco recordados cuando se trataba de señalar deficiencias en la legislación nacional.

En cualquier caso, la influencia de un cierto "modelo de la OIT" puede identificarse en la mayoría de los países europeos y latinoamericanos, aunque esta "normalización" gradual del derecho de huelga es bastante distinta en cada sistema jurídico nacional y no ha seguido un cierto patrón evolutivo. La realidad local ha prevalecido por encima de los estándares internacionales y siempre ha cumplido con las necesidades regulatorias de cada momento histórico. Por lo tanto, no se puede, con el pretexto de la revisión histórica, pretender reconocer ninguna norma internacional del derecho de huelga; mucho menos, al buscar características comunes en el derecho comparado, pretender sorprender una naturaleza intrínseca apropiada para una sociedad democrática capitalista moderna. En realidad, la regulación de la huelga siempre representa un compromiso político siempre precario entre el capital y el trabajo, presentando así características exclusivas del proceso histórico de cada país. La práctica de las relaciones humanas en los diferentes contextos culturales del planeta debe ser tomada en serio, ya que cada Estado tiene sus propias capacidades y limitaciones políticas (GRUBBA; AQUINO, 2015, p. 1977).

Así pues, la comprensión del fenómeno de la huelga implica necesariamente la comprensión de la historia de cada país, y los análisis comparativos son útiles cuando se toman las precauciones necesarias. Las normas internacionales de la OIT no son -y no pretenden ser- una norma universal de regulación del trabajo, sino que sólo pretenden contribuir a garantizar, a nivel internacional, un nivel mínimo de respeto de los derechos humanos, que los Estados se comprometen a aplicar en sus sistemas

nacionales, siempre de acuerdo con sus propias especificidades y necesidades. Lo mismo ocurre con el derecho de huelga.

La propia Asamblea General de las Naciones Unidas, al reglamentar la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, proclamó que el derecho de huelga debe ejercerse de conformidad con las leyes de cada país, que pueden prever limitaciones "en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades de los demás" (art. 8, párrafos "c" y "d" del PIDESC - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

No todas las huelgas son iguales, ni existe un modelo internacional de derecho de huelga. A pesar de que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es la encargada de aproximar las legislaciones nacionales, no puede hablar de una unificación del concepto de derecho de huelga. El objetivo principal de la OIT es garantizar un entorno de libertad sindical, señalando los posibles límites en los sistemas jurídicos nacionales para el pleno ejercicio de este derecho, pero no hay - ni la OIT tiene la intención de - establecer un concepto unificado de aplicación universal. Por lo tanto, no se puede entender que las recomendaciones de la OIT relativas al derecho de huelga se ajusten a un marco normativo internacional. Sin embargo, la importancia de las normas internacionales y de las decisiones de los órganos de la OIT es innegable, especialmente en aquellos países que reconocen expresamente el valor legal de los tratados internacionales en sus sistemas jurídicos.

En lo que respecta a Brasil, que reconoce la eficacia supralegal de los tratados internacionales - y el valor de las enmiendas constitucionales a los tratados de protección internacional de los derechos humanos de los que Brasil es parte (TRINDADE, 1996, p. 210), no sólo los convenios de la OIT, que son vinculantes, sino también las recomendaciones, las decisiones del Comité de Libertad Sindical (CLS/OIT) e incluso los convenios no ratificados, aunque no sean formalmente vinculantes, forman una especie de "código internacional de derecho laboral

colectivo", que ejerce una influencia en la legislación nacional (DORNELES, 2008, p. 39).

La labor de la OIT es siempre cautelosa, especialmente en lo que respecta a una cuestión tan delicada como el ejercicio del derecho de huelga. Tanto es así que, al no haber consenso al respecto, nunca hubo un convenio colectivo específico sobre el tema y ni siquiera utiliza la expresión "derecho de huelga", prefiriendo hablar de "recurso de huelga" (MATEUS DA SILVA, H. B., 2010, p. 256). Esta estrategia cautelosa de la OIT se basa más en mecanismos de convicción ("soft law") que en la fuerza contundente de las normas (DUPPER, 2019)¹²⁸.

Por esta razón, hay que tener cuidado al interpretar los convenios de la OIT - incluso el emblemático Convenio 87- como si fueran un modelo ideal para ser implementado en todos los países, independientemente de su historia y necesidades, marcando un camino "democrático" para el desarrollo de las relaciones colectivas en contraposición a otros modelos, "atrasados" o "desviados", que deben ser superados o corregidos.¹²⁹

Incluso en el principal Convenio de la OIT, el número 87, que trata de la libertad sindical, no hay ninguna disposición sobre el derecho de huelga, excepto de manera implícita, ya que el artículo 3 establece que las organizaciones sindicales tienen la prerrogativa de organizar sus actividades y formular su programa de acción.

128 Esta estrategia ha demostrado ser correcta y ahora es esencial para la aplicación de las normas internacionales (PIMENTA, 2018).

129 Esta propuesta sirve tanto a los defensores del "modelo de huelga brasileño" (CESARINO JR, 1952) como a sus acérrimos críticos (ROMITA, 2007).

Así, también, en el artículo 1, Convenio 98, que garantiza a los trabajadores una protección adecuada contra todo acto que limite el principio de libertad sindical. En cualquier caso, no hay duda de la importancia de la huelga como uno de los "instrumentos más relevantes para la plenitud de la autodeterminación de las voluntades colectivas", independientemente de la discusión teórica de que la huelga es tratada como un "principio autónomo de apoyo a las relaciones colectivas". No cabe duda de que "el desarrollo de un sindicalismo autónomo y activo no tiene lugar sin la posibilidad de utilizar mecanismos de autoafirmación como instrumentos legítimos de presión" (DORNELLES, 2008, p. 38). Hay menciones indirectas a la huelga, como en el caso del Convenio 105 (1957) sobre la abolición del trabajo forzoso, cuando establece que el trabajo forzoso no puede imponerse como castigo por participar en una huelga. De igual modo, la Recomendación 92 (1951) sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, que hace dos referencias a la huelga: una, al señalar que si el procedimiento de negociación colectiva se hubiera sometido a conciliación y arbitraje voluntarios, las partes deberían abstenerse de recurrir a la huelga o al "cierre patronal" durante la duración del procedimiento; y la otra, al señalar que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse de manera que restrinja el derecho de huelga. ("vacío normativo"). Sin embargo, los artículos 4 y 7 disponen que, durante la utilización de estos mecanismos, son admisibles las restricciones al derecho de huelga.

También se pueden mencionar otros importantes instrumentos internacionales que consagran el derecho de huelga en el catálogo general de los derechos humanos,

como la Carta Social Europea¹³⁰, primer documento en el ámbito internacional que reconoce expresamente el derecho de huelga. Contiene un concepto restringido de huelga, limitado al ámbito contractual y centrado en la negociación colectiva, muy por debajo de lo recomendado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con una redacción similar, también sitúa la huelga sólo en el contexto de la negociación colectiva¹³¹. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha interpretado esta norma de manera algo más amplia y se encarga de supervisar su cumplimiento, entendiendo que los Estados deben reconocer y garantizar el derecho de huelga incluso al margen de un conflicto de negociación.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores prevé el derecho de huelga simplemente en caso de "conflictos de intereses"¹³². El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no hace referencia expresa al derecho de huelga, pero el artículo 11 ha otorgado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos un derecho legítimo de huelga o de adoptar otras medidas para defender los intereses profesionales y, en una sociedad

130 "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las partes (...) reconocen el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluyendo el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor" (CSE, Art. 6.4, Turin, 18/10/1961).

131 "Art. 28 - Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga" (CDFUE, Nice, 18/12/2000)

132 "Art. 13 – El derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos" (CCDST, Estrasburgo, 9/1/1989).

democrática, las restricciones de los poderes públicos deben estar justificadas y ser proporcionadas¹³³.

En el contexto latinoamericano, cabe mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

También hay importantes Resoluciones sobre el tema:

- La resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados miembros de la OIT (1957) pide la adopción de una legislación que garantice el ejercicio efectivo y sin restricciones de los derechos sindicales de los trabajadores, incluido el derecho de huelga.

- Resolución sobre los derechos sindicales y en relación con las libertades civiles (1970) que estableció que los órganos de la OIT deberían promover una serie de iniciativas con el fin de considerar nuevas medidas destinadas a lograr el respeto pleno y universal de los derechos sindicales en su sentido más amplio, con especial atención, entre otros, al derecho de huelga.

- La huelga es el corolario inseparable de la libertad sindical" (CEACR, 1994, párrafo 151)

En la mayoría de los países, especialmente en América Latina, los sistemas jurídicos estatales son demasiado restrictivos en la regulación de los derechos colectivos, y son especialmente restrictivos en el caso de las huelgas, afectando así el papel equilibrador y pacificador de estos conflictos (RIOS, 2011, p. 60). Así, en el

133 Sentencia TEDH Enerji Yapi-Yol Sen 2009. Assunto 68959/01 de 21 de abril de 2009.

pensamiento de la OIT, el derecho de huelga asume algunas premisas de estos sistemas jurídicos, sin tener que entender que tal trabajo implica cualquier compromiso de la entidad con el modelo reduccionista de tales países. Sólo se dice, con razón, que el modelo reduccionista no es incompatible con la libertad de asociación que propugna la OIT, entre otras cosas porque, como se dice, la OIT no tiene ni recomienda ningún modelo para regular el derecho de huelga. Por el contrario, la OIT se cuida de señalar las posibles insuficiencias de la legislación nacional en relación con un "derecho internacional mínimo" que garantice la libertad de asociación y asegure un amplio espectro de acción para las huelgas.

Basándose en las decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (2006)¹³⁴ y en el "Estudio general sobre los Convenios 87 y 98" de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT, 1994)¹³⁵, se analizan ahora tales decisiones relativas a las huelgas¹³⁶.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sostenido que los trabajadores, para promover y defender sus intereses, necesitan contar con los medios de acción que les permitan ejercer presión para obtener lo que reclaman, siendo el derecho a la huelga "un elemento esencial del derecho de sindicación" (párrafo 131). Por consiguiente, la Comisión (OIT, 1994, pág. 70) recuerda que el significado actual de la expresión "programa de acción" que figura en el artículo 10 del Convenio 87 incluye la huelga, lo que lleva a considerar que el derecho de huelga es uno de los medios

134 En este trabajo identificado simplemente por "párrafo".

135 En este trabajo identificado simplemente por "verbete".

136 Un estudio completo en GERNIGON, B.; ODERO, O y GUIDO, H. (1998).

esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover sus intereses económicos y sociales (véase 148). Lo mismo ocurre con las decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafos 520, 521 y 522 (OIT, 2006, pág. 115), aunque la expresión "sólo" contenida en el párrafo 520 puede entenderse como la exclusión de una huelga con fines políticos únicamente¹³⁷.

No obstante, el propio Comité de Libertad Sindical de la OIT es bastante enfático en reconocer que la acción sindical es sin duda también política (párrafo 542)¹³⁸. Así, la huelga se convierte más que en un recurso defensivo, en una técnica de promoción de los intereses de los trabajadores o en un instrumento de mejora de sus condiciones de trabajo y de vida (SPAVENTA, 2016).

Sin embargo, en otros aspectos, el Comité vacila en reconocer plenamente el derecho de huelga, por lo que en sus decisiones se puede vislumbrar cierta alineación del Comité con el modelo restrictivo, especialmente cuando admite la inexistencia de restricciones a la libertad sindical en los siguientes aspectos:

137 Parágrafo 520 – “El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que se constituya un medio de defensa de sus intereses económicos”

Parágrafo 521 – “El Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales”

Parágrafo 522 “El derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales”.

138 Parágrafo 542: “La declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical”.

a. Concordancia con la restricción del derecho de convocatoria sólo a las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones) y casos de prohibición de huelgas y decretos de su ilegalidad.

La posibilidad de que la titularidad de la huelga se limite a la representación de la misma no es lo que propone la OIT, ya que para ella los titulares del derecho de huelga pueden ser tanto los trabajadores como sus organizaciones (párrafos 520 a 524). Pero el Comité acepta que los Estados puedan reservar este derecho exclusivamente a las organizaciones sindicales, ya que esto "parece" no ser incompatible con las normas esenciales del Convenio 87. Por esta razón, el Comité de Libertad Sindical, aunque considera que el ejercicio del derecho de huelga no es prerrogativa exclusiva de las organizaciones sindicales, no considera que el hecho de que la legislación nacional establezca que sólo los sindicatos pueden ejercer el derecho de huelga (párrafo 524¹³⁹) sea una violación de las normas internacionales de libertad sindical. Tampoco considera problemático un sistema mixto en el que los trabajadores también pueden ejercer el derecho de huelga en ausencia de un sindicato o incluso cuando éste existe.

En cuanto al delicado problema que se produce cuando la legislación nacional exige un grado de representatividad a los convocantes de la huelga, la OIT, una vez más, es cuidadosa y considerada. La idea de exigir un quórum mínimo para la asamblea de huelga está vinculada a la cuestión de limitar la huelga a determinadas

139 Parágrafo 524: "No parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en Convenio n. 87. (...)"

organizaciones sindicales y va en contra del principio que establece que la huelga es legítima en sí misma. En otras palabras: cuando la huelga existe realmente, se vuelve irrelevante quién la promovió y cómo se convocó. La técnica legal de reconocer las huelgas legales sólo a aquellas que, desde su declaración, muestran una adhesión mayoritaria absoluta de los miembros de un determinado colectivo de trabajadores (para legitimar la represión por parte de las autoridades administrativas a quienes no demuestran dicha adhesión) es condenada explícitamente por los párrafos 555, 556, 557, 558 y 560¹⁴⁰. Por otra parte, considera "admisible" que la ley establezca la obligación de respetar un cierto quórum (¡ciertamente menos del cincuenta por ciento!), así como que la decisión de llevar a cabo la huelga se adopte por votación secreta (párrafo 559). La objeción a estos altos quórums no es establecer un número mágico, sino proponer criterios flexibles y razonables, cuando la preocupación es

140 Parágrafo 555: "En lo que se refiere a la mayoría exigida por una legislación para la declaración de una huelga legal (dos tercios de los votos de la totalidad de los miembros de la organización o sección), condición que, en caso de no ser cumplida, puede acarrear una sanción por parte de las autoridades administrativas, inclusive la disolución del sindicato, el Comité recordó las conclusiones de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios e Recomendaciones, en el sentido de que la disposición legal aludida constituye una intervención de las autoridades públicas en la actividad de los sindicatos, intervención que tiene a limitar los derechos de estas organizaciones contra lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio".

Parágrafo 556: "La exigencia de la decisión de más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas".

Parágrafo 557: "La mayoría absoluta de trabajadores vinculados en una declaración de huelga puede resultar difícil de alcanzar, particularmente en aquellos sindicatos que agrupan a un gran número de afiliados. Esta disposición puede entrañar, pues, un riesgo de limitación importante al derecho de huelga".

Parágrafo 558: "El Comité pidió a un gobierno que tome medidas para modificar el requisito legal relativo a la necesidad de que la decisión de declaración de la huelga sea adoptada por más de la mitad de los trabajadores a los que la misma comprende, particularmente en aquellas empresas donde hay un gran número de afiliados".

Parágrafo 560: "Un quórum de dos tercios de los miembros podría ser difícil de alcanzar, en particular cuando los sindicatos tienen un gran número de filiados o cubren un territorio vasto".

eminentemente práctica, no crear condiciones inaplicables para que los sindicatos inicien una huelga. El criterio para medir la inaplicabilidad de tales quórums debe, obviamente, establecerse caso por caso, por lo que sería razonable suponer que, si se mencionan en la ley, no deben interpretarse estrictamente, sino que siempre deben condicionarse, en el caso concreto, a las posibilidades reales del sindicato y de la huelga en cuestión. Esta flexibilidad interpretativa también puede verse en los siguientes párrafos (561 y 562¹⁴¹), que se refieren a las huelgas decretadas por las entidades de mayor grado.

La Comisión de Expertos (OIT, 1994, pág. 71) repite la fórmula recurrente de que "el derecho de huelga no puede considerarse un derecho absoluto" y, por lo tanto, "una huelga no sólo puede estar sujeta, en circunstancias excepcionales, a una prohibición general, sino que también puede estar regulada por disposiciones que impongan las modalidades de ejercicio de ese derecho fundamental o restricciones a dicho ejercicio (véase la nota 151)". También se pronuncia en este sentido, el Comité de Libertad Sindical (OIT, 2006, p.123). Sin embargo, en casos excepcionales, la OIT admite la posibilidad de prohibir temporalmente las huelgas por motivos de crisis nacional aguda (párrafo 570¹⁴²), o por razones de seguridad nacional o salud pública,

141 Parágrafo 561: "Subordinar la declaración de huelga al acuerdo de la mayoría de los afiliados en las federaciones y confederaciones y la del voto afirmativo de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa pueden constituir una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales".

Parágrafo 562: "El Comité ha considerado, conforme con los principios de la libertad sindical, que la decisión concerniente a la declaración de una huelga en las secciones local de una organización sindical pueda ser adoptada por la asamblea general de las secciones locales, si el motivo de la huelga es de índole local, y que, en las organizaciones sindical de grado superior, la decisión de la declaración de huelga puede ser adoptada por el comité de dirección de estas organizaciones por mayoría absoluta de votos de todos los miembros del comité".

142 Parágrafo 570 – "La prohibición general de huelgas no podría estar justificada más que en una situación de crisis nacional aguda y por una duración limitada".

siempre que tal decisión no sea tomada por el gobierno, sino por un órgano imparcial e independiente, muy probablemente el poder judicial (párrafo 571). Para determinar cuándo se justifica una prohibición de huelga, el criterio debe basarse en "la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población" (párrafo 581). Parece claro que no se trata de una prohibición genérica, sino que se limita a los casos que, en términos concretos, representan riesgos graves y actuales para la seguridad nacional o la salud pública.

La declaración de ilegalidad de una huelga debe corresponder a un organismo independiente de las partes y de su confianza (en este caso, el Poder Judicial encajaría en tal concepto), pero en ningún caso al gobierno (párrafo 628), especialmente cuando es parte del conflicto (párrafos 629, 630 y 631¹⁴³). Existe una clara preocupación de que la intervención de las autoridades públicas durante la huelga sea la menor posible, autorizándose el uso de las fuerzas de seguridad pública con el estricto propósito de mantener el orden y la seguridad de la población (párrs. 642 y 643). Esta intervención está justificada en casos "de cierta gravedad" o cuando "el orden público está realmente amenazado" (párrafo 644) y debe limitarse "estrictamente al mantenimiento del orden público" (párrafo 645) e, incluso en casos de orden judicial, "debe respetar

143 Parágrafo 629: "La decisión final de declaración de ilegalidad de las huelgas no debería ser pronunciada por el gobierno, particularmente aquellos casos en que éste es parte en un conflicto".

Parágrafo 630: "No es compatible con la libertad sindical que el derecho de calificar una huelga como ilegal en la administración pública compete a los jefes de las instituciones públicas, ya que éstos son jueces y parte en el asunto".

Parágrafo 631: "Referiéndose a una circular oficial referente a legalidad de toda huelga en el sector público, el Comité consideró que asuntos como éste no deberían ser competencia de las autoridades administrativas".

las garantías elementales aplicables a todo sistema que respete las libertades públicas fundamentales" (párrafo 546).

Por ello, las autoridades "sólo deben recurrir a la fuerza pública cuando el orden público esté realmente amenazado" y dicha intervención "debe estar relacionada con la amenaza al orden público que se trata de controlar". Los gobiernos también deben tomar medidas para garantizar que las autoridades competentes reciban "instrucciones adecuadas para eliminar el peligro de una violencia excesiva a la hora de controlar manifestaciones que puedan suponer una alteración del orden público" (párrafo 647). La referencia a los "excesos de violencia" se dirige especialmente a las fuerzas policiales en el ejercicio del control de las manifestaciones públicas, ya que cuando éstas se limitan estrictamente al mantenimiento del orden público no representan una limitación al ejercicio legítimo del derecho de huelga (párr. 642).

La naturaleza de dicha intervención es principalmente policial y, por lo tanto, no se justifica la intervención del ejército, algo que no favorece un clima libre de violencia, presiones y amenazas, esencial para el ejercicio de la libertad sindical (párrafo 641).

Hay una sección específica para la regulación de los piquetes de huelga. Para la OIT, la acción de los piquetes de huelga debe ser considerada legítima, animando, abierta y pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo (párrafo 651). En los casos de huelgas pacíficas, la acción de los piquetes, actuando de conformidad con la ley, no debe ser obstaculizada por las autoridades públicas (párrafos 648 y 649). Sin embargo, los piquetes no deben perturbar el orden público ni amenazar a los trabajadores que no participan en la huelga. Se condena expresamente a los "no pacíficos" que perturban el orden o amenazan o impiden el trabajo de los trabajadores no huelguistas: los piquetes no deben "ir acompañados de violencia" ni "obstaculizar la libertad de trabajo mediante la intimidación de los no huelguistas" (párrs. 670 y 651). No está claro lo que sería un "piquete pacífico", o por qué el

impedimento del ingreso en la empresa de los trabajadores no huelguistas por parte del piquete no podría resultar de una acción pacífica.

No se considera ilegítima una ley que prohíba los piquetes (párr. 650), sin perjuicio del marco penal, en el que la legislación nacional prevé sanciones penales para esos actos específicos de violencia.

Cuando la ley así lo disponga, debe respetarse la libertad de trabajo de los no inscritos, así como el derecho de los responsables de la empresa a entrar en los locales de la misma (párrafo 652). Ni siquiera la restricción espacial de los piquetes, restringiéndolos al entorno de una empresa, se considera una disminución de la libertad sindical (párrafo 653).

En cuanto a la falta de pago de los días de suspensión del contrato de trabajo, se considera una consecuencia natural de la suspensión de los servicios (párrafo 654) y, en caso de que la norma determine el pago de los salarios en las huelgas de las que es responsable el empleador, se considera que tal medida puede ser contraria al principio de la libertad de asociación, ya que "altera el equilibrio de las relaciones laborales y resulta excesivamente onerosa para el empleador". Para la OIT, la cuestión debe ser resuelta por las propias partes (párrafo 658), destacando la inconveniencia de adoptar situaciones desequilibradas como el uso de deducciones salariales como forma de sancionar los actos de huelga o la imposición al empleador del pago injustificado de salarios por días de inactividad (párrafos 659 y 660). Para la OIT, la cuestión debería reservarse para el acuerdo entre las partes - y ni siquiera debería estar sujeta a sanciones en caso de comportamiento injusto del empleador (párrafo 657).

En opinión del Comité, la imposición de sanciones por huelgas es, en principio, reputada en la mayoría de los casos, como una grave violación de la libertad sindical. Así pues, en caso de huelga legítima, no se debe sancionar al sindicato por haber organizado la huelga (párrafo 658), ni se pueden cerrar las instalaciones del sindicato (párrafo 659); No se debe sancionar a los huelguistas por llevar a cabo o intentar llevar a cabo la huelga (párrafo 660), ni se les puede despedir, lo que constituiría una grave

discriminación en el empleo (párrafo 661) y también una discriminación antisindical (párrafo 662); tampoco se puede impedir que los huelguistas vuelvan al empleo por participar en la huelga o en otra acción reivindicativa (párrafo 663). La aplicación de esas medidas extremadamente graves entraña graves riesgos de abuso y constituye una violación de la libertad sindical (párr. 666).

Además, el Comité, en su párrafo 664, se ha esforzado por demostrar cómo la mala gestión de la reglamentación sancionadora puede restringir gravemente el derecho de huelga, inhibiendo a los trabajadores en su capacidad de declararse legítimamente en huelga para promover y defender sus intereses profesionales. Esto puede ocurrir cuando se crean una serie de normas jurídicas no equitativas que: a) parecen tratar prácticamente todas las acciones colectivas directas como un incumplimiento de contrato por parte de la que participa; b) exponen al sindicato o al empleado sindical que instiga tales incumplimientos de contrato a demandas legales en las que se reclaman pérdidas y daños y perjuicios por las pérdidas de los empleadores como resultado de las acciones sindicales; c) permiten al empleador, con base en la alegación de ilegalidad, obtener una citación para impedir el inicio (o la continuación) de tales conductas. Así, se penaliza la acción sindical, se amenazan los bienes del sindicato, se castiga a los sindicalistas y se limita severamente el derecho de huelga. El efecto acumulativo de tales medidas crea un entorno de hostilidad absoluta a la acción de la huelga, que tiene una influencia negativa en el estallido y el desarrollo de la misma. Incluso un anuncio del gobierno de que, debido a la huelga, puede requerir un trabajo más allá de la jornada laboral normal, puede ser una intervención abusiva, porque interfiere indebidamente en el curso de la huelga (párrafo 665).

Por regla general, nadie puede ser detenido, encarcelado o sancionado por organizar o participar en un ejercicio pacífico (huelga y manifestación) (párrs. 671, 672 y 673).

Ciertamente, el respeto del derecho de huelga, habida cuenta de los principios de la libertad de asociación, no da cobijo a las acciones penales, tipificadas en la

norma penal (párrafo 667). Sin embargo, los actos de huelga, en sí mismos, no constituyen acciones penales, excepto en los casos en que no se respeten las prohibiciones relativas a la huelga que son conformes a los principios de la libertad de asociación. Aun así, cuando se trata de una sanción impuesta por actitudes ilegítimas relacionadas con la huelga, la pena debe ser proporcional a la infracción o falta cometida y, en todo caso, debe excluir el uso de medidas de prisión para quienes hayan organizado o participado en una huelga pacífica (párrafo 669). El respeto de esta proporcionalidad debe evitar también medidas excesivas por parte del gobierno, como la prohibición de la actividad de los sindicatos, el cese de las deducciones de cuotas sindicales, etc. Asimismo, es un acto de intimidación a los huelguistas para que se opongan a las multas excesivas (500 a 1000 salarios mínimos por día de huelga abusiva, así como condicionar la anulación de la multa al compromiso de no realizar otra huelga (párrafo 670).

La OIT presta especial atención a las denominadas "sanciones masivas" cuando se producen detenciones y despidos masivos de huelguistas, algo que conlleva graves riesgos de abuso y un serio peligro para la libertad sindical (párrafo 674). Corresponde a las autoridades poner freno a los actos discriminatorios contra los huelguistas que, además del despido, pueden incluir formas de discriminación indirecta, como la concesión de primas a los no huelguistas (párrafo 675).

Por último, la OIT, según el párrafo 676, considera que el "lock-out" en caso de huelga (cierre de la empresa) es un ataque a la libertad de trabajo de los trabajadores no estatales, además de constituir una medida que ignora las necesidades básicas de la empresa (mantenimiento de las instalaciones, prevención de accidentes, derecho de los empresarios y del personal directivo a entrar en la empresa y a realizar sus actividades).

De la lectura atenta de estos párrafos surge una clara preocupación por no enmascarar la regulación del derecho de huelga en una norma internacional, sino más bien por esbozar un modelo básico sobre el que cada país construya su propio modelo

de regulación, según sus necesidades. Este modelo básico no se basa en conceptos definitivos y perentorios, sino que, con preocupaciones eminentemente prácticas, busca inducir la construcción de una regulación armónica de los conflictos colectivos en la que la huelga, además de ser reconocida como un derecho fundamental de los trabajadores y verdaderamente eficaz como medio de presión para satisfacer las demandas de los trabajadores, no sea excesivamente perjudicial para los empleadores ni innecesariamente dañina para los intereses de la sociedad.

A pesar de las notables buenas intenciones de la OIT, estas recomendaciones dejan un margen muy amplio para convertir en ilegales la mayoría de las huelgas que no son estrictamente profesionales o que, a discreción de las autoridades, perjudican demasiado a los empleadores, a terceros o a la comunidad.

b. Delimitación del derecho de huelga para determinadas categorías de trabajadores, siempre que dichas limitaciones sean legales y no excesivas.

Así, las fuerzas armadas y la policía pueden tener o no derecho a la huelga, según la legislación nacional, una exclusión expresamente admitida ya en el artículo 9º¹⁴⁴ Convenio 87, por temor, bastante razonable, a que no existan "sindicatos armados". Sin embargo, esta exclusión no debe ser restrictiva y debe estar claramente expresada en la legislación nacional (párrafos 219 a 222).

144 Convenção 87, art. 9: "La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio".

Por un criterio lógico, también se excluyen los funcionarios públicos que ejercen la autoridad en nombre del Estado (en sentido estricto), ya que en sentido estricto no se situarían como trabajadores, sino como agentes del Estado (párrafo 576¹⁴⁵). En el caso de los trabajadores del sector privado, la norma general es que la prohibición de la huelga es incompatible con los principios de la libertad de asociación (párrafo 594).

En el caso de la administración pública, el Comité considera que el principio de la libertad de asociación no implica necesariamente el derecho de huelga (párr. 572), y que puede ser restringido (o incluso prohibido) cuando la huelga pueda causar graves daños a la comunidad nacional, siempre que dichas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias (párr. 574). Estas decisiones siguen la estela de la Comisión de Expertos (OIT, 1994, pág. 73), para la cual el reconocimiento del derecho de huelga en la administración pública no significa generalmente que todos los funcionarios y empleados tengan un derecho de huelga ilimitado (entrada 157). Por lo tanto, el Comité de Expertos considera que la prohibición del derecho de huelga en la administración pública debería limitarse a los funcionarios que ejercen la autoridad en nombre del Estado. La solución que propone no es prohibir completamente las huelgas en la administración pública, sino prever el mantenimiento de un servicio mínimo negociado por una categoría específica y limitada de personal cuando una huelga total

145 Parágrafo 576: “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”.

o prolongada pueda tener consecuencias graves para la población afectada (entrada 158).

Para el Comité de Libertad Sindical, como flexibilización del criterio de exclusión, las restricciones a la huelga se justifican en los servicios esenciales en sentido estricto (servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud, párrafos 541 y 601¹⁴⁶) o en el servicio público, siempre que se compensen esas categorías, (párrafo 595¹⁴⁷), con acceso a "procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en los que las partes interesadas puedan participar en todas las etapas y en los que los informes se apliquen plena y rápidamente" (párrafo 596). Debido a la inconveniencia (e incluso a la imposibilidad) de elaborar una lista de servicios esenciales que justifique las restricciones al derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical recomienda hacer compatibles estos derechos estableciendo el mantenimiento de servicios mínimos determinados por consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores o por una organización verdaderamente independiente.

146 Parágrafo 541: "(...) la prohibición de la huelga sólo podría ser aceptable con respecto a los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, con respecto a los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)".

Parágrafo 601 "no concierne a la prohibición absoluta del derecho de huelga, sino a la restricción de este derecho en los servicios esenciales o en la función pública, en cuyo caso estableció que deberían estar previstas las garantías apropiadas para proteger los intereses de los trabajadores".

147 Parágrafo 595: "Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios".

El Comité adopta el concepto de "servicios esenciales", que debe interpretarse estrictamente según las condiciones propias de cada país, siempre en el caso concreto, cuando una huelga alcanza un determinado momento o dimensión que pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población (párrs. 582 y 583). Por esta razón, la discriminación entre las empresas públicas de las que prestan auténticos servicios esenciales (y que por lo tanto justifican la prohibición de las huelgas) debe ser juiciosa, como lo demuestra el Comité (párrs. 586 y 587), en particular en lo que se refiere a los servicios esenciales (servicios hospitalarios, electricidad, abastecimiento de agua, teléfono, policía, fuerzas armadas, bomberos, centros penitenciarios, alimentación y limpieza escolar, control del tráfico aéreo) y también a los servicios claramente no esenciales (radio y televisión, petróleo); puertos; bancos; recaudación e inspección de impuestos; comercio y parques de diversiones; metalurgia; minería; transporte en general; pilotos de aviación; generación, transporte y distribución de combustible; servicios de ferrocarril; transporte metropolitano; correos; recolección de basura; empresas de refrigeración; hoteles; construcción; fabricación de automóviles; actividades agrícolas; suministro y distribución de alimentos; menta; imprentas estatales; monopolios estatales de alcohol, sal y tabaco; sector educativo; embotellamiento de agua ¹⁴⁸). Recordando que dicha clasificación es meramente ilustrativa, ya que incluso un servicio no esencial puede, según las circunstancias, poner en peligro la vida, la seguridad y la salud de toda o parte de la población (párrafo 582). Como ejemplo de estos riesgos, el Comité menciona la recogida de

148 Esta clasificación se revisa significativamente a partir de la introducción del criterio de mantenimiento de los "servicios mínimos de explotación", como se verá más adelante.

desechos (párrafo 591), que, después de un cierto período de tiempo, puede comprometer seriamente la salud y la vida de la población. Por otra parte, el Comité aclara que el sector de la educación no es un servicio esencial, aunque las repercusiones sociales de una huelga prolongada de los docentes sean efectivamente graves (párrs. 588 y 590). De igual manera, las evidentes dificultades de una huelga para el comercio no justifican su prohibición, ni hacen que estos servicios sean "esenciales" en el concepto de la OIT (párrafo 592). Por otra parte, la conceptualización de un sector determinado como esencial no implica la prohibición de la huelga de todas las categorías de trabajadores que trabajan en él sin participación directa en los servicios que afectan a la vida, la seguridad y la salud de la población, como los jardineros de un hospital (párrafo 593¹⁴⁹).

La consecuencia de la restricción de las huelgas en los servicios esenciales es la posibilidad de establecer un "servicio mínimo de funcionamiento" que se impondrá a las organizaciones en caso de huelga; ya sea para mantener los servicios esenciales, o para prevenir una situación de crisis nacional aguda; o, por último, para mantener los servicios necesarios para la seguridad de los locales comerciales o la prevención de accidentes (párrs. 604, 605 y 606). Aclarando una vez más que la lista de los servicios públicos esenciales no es exhaustiva, el párrafo 606 también menciona la posibilidad de restringir la huelga a los "servicios públicos de importancia trascendental"¹⁵⁰.

149 Parágrafo 593: "En los servicios esenciales algunas categorías de empleados, por ejemplo, obreros y los jardineiros no deberían verse privados del derecho de huelga".

150 El párrafo 621 conceptualiza explícitamente el transporte de pasajeros y mercancías como un servicio, aunque no esencial en el sentido estricto del término, como un servicio público de importancia "trascendental".

La OIT considera que el requisito de establecer un servicio mínimo es una alternativa adecuada a la prohibición total de la huelga porque, si bien garantizaría el derecho de huelga a la gran mayoría de los trabajadores, podría al mismo tiempo asegurar que se satisfagan las necesidades básicas de los usuarios de los servicios públicos y que las instalaciones funcionen de manera continua y segura (párrafo 607). El Comité insiste en que esas normas deben estar claramente determinadas, aplicarse estrictamente y ser conocidas por todos (párrafo 611), y ser elaboradas preferentemente no sólo por las autoridades públicas, sino por todos los interesados (párrafo 612). Este marco no debe ser unilateral¹⁵¹, sino que debe ser el resultado de un consenso de las partes, y el resultado no debe ser hacer imposible que la huelga alcance sus objetivos, haciéndola en la práctica inoperante por su impacto limitado debido a una fijación de los servicios mínimos concebida de manera demasiado amplia.

La clara recomendación del Comité es una aplicación medida de tales mecanismos de regulación, y no se abstiene de dar ejemplos concretos en los que la imposición de un servicio mínimo es compatible con la preservación del derecho de huelga. Así, el mantenimiento de los servicios de transbordo para los residentes de las islas aisladas (párrafo 615), en los puertos (párrafo 616), en el metro (párrafo 617), en el metro (párrafo 618), en el transporte ferroviario (párrafos 619 y 620), en el transporte de pasajeros y de mercancías (párrafo 621), servicios de correo (párrafo 622), recogida de basura (párrafo 623), instituto monetario, bancos, sectores del

151 De preferência, a fixação de serviços mínimos deve ser consensual ou, quando adotada por autoridade pública, deve ser passível de revisão por órgão independente e, em última instância, pelo Judiciário.

transporte y del petróleo (párrafo 624), sector de la educación en caso de huelgas prolongadas (párrafo 625) e inspección sanitaria (párrafo 626). El incumplimiento de los servicios mínimos no puede justificar la adopción, ni siquiera por las autoridades judiciales, de una medida punitiva tan grave que lleve a la suspensión o cancelación de la personalidad jurídica de una organización sindical (párrafo 627).

Asimismo, la declaración final de ilegalidad de una huelga debe ser adoptada por órganos independientes de las partes y que cuenten con su confianza (párrafos 628, 629, 630 y 631).

Algunas garantías para el ejercicio del derecho de huelga son fundamentales para la OIT, sin las cuales considera una grave violación de la libertad sindical. Estos son considerados: el permiso para que los empleadores contraten a trabajadores para romper la huelga (párrafo 632); la utilización de trabajadores no fijos para sustituir a los huelguistas (párrafo 633); la orden de salida de la autoridad pública para reiniciar el trabajo, no justificada por situaciones de riesgo para la vida, la seguridad y la salud de la población (párrafo 634); la utilización de las fuerzas armadas o la convocatoria de huelguistas para poner fin a la huelga (párrafo 635); la utilización de las fuerzas armadas o de cualquier otro grupo de personas para desempeñar las funciones abandonadas por los huelguistas, salvo en casos de crisis aguda excepcional (párrafo 636). Así, también las amenazas de despedir a los piqueteros en huelga, la contratación de trabajadores con salarios más bajos y la prohibición de la sindicación, todo ello con el fin de impedir o poner fin a las huelgas pacíficas y legítimas, no son conformes con la libertad sindical (párrafo 638).

En principio, los estados nacionales deberían dejar la solución de las huelgas en manos de los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones, según la OIT. Deben tener la libertad de elegir los métodos más apropiados para resolver el estancamiento, con amplia libertad para organizar sus actividades y formular sus programas de acción. Una de las preocupaciones más costosas del Comité en relación con la interferencia del Estado en las huelgas se refiere a la posibilidad de exigir un procedimiento de

arbitraje obligatorio, que conduzca al fin prematuro de la huelga o a la inhibición de su deflagración¹⁵². Para la OIT, el arbitraje sólo es posible cuando hay un consenso entre las partes o, en los casos en que la huelga está limitada o prohibida, como en el caso de los conflictos dentro de la administración pública en los que los funcionarios que ejercen la autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en sentido estricto, es decir, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población (párrafo 564). No se permite que ninguna disposición legal autorice su activación por una de las partes (en este caso los empleadores), restringiendo así (o incluso extinguiendo) el derecho de huelga (párrafos 566, 567 y 568). Por otra parte, el sistema de arbitraje debe ser "verdaderamente independiente", es decir, "los resultados del arbitraje no deben estar predeterminados por criterios legislativos" (párrafo 569). Los árbitros no sólo deben ser "estrictamente imparciales" sino que "deben parecerlo" tanto a los empresarios como a los empleados interesados "a fin de obtener y conservar la confianza de ambas partes, de la que depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, incluso cuando éste sea obligatorio" (párrafo 598). La forma más recomendable para la OIT de lograr esto es que sus miembros sean elegidos por las organizaciones que representan a los trabajadores y a los empleadores (párrafo 599).

El laudo arbitral debe ser aceptado por todos, incluso cuando el empleador es la propia administración pública. Incluso en los casos en que la administración tiene su margen de acción limitado por el presupuesto, la OIT sigue creyendo que los laudos

152 Parágrafo 565: "En la medida en que el arbitraje obligatorio impide el ejercicio de la huelga, dicho arbitraje atenta contra el derecho de las organizaciones a organizar libremente sus actividades, y sólo podría justificarse en el marco de la función pública o de los servicios esenciales en el sentido estricto del término".

arbitrales deberían ser "obligatorios para ambas partes", ya que los mecanismos de conciliación y arbitraje, en estos casos, no son más que una compensación por las restricciones o prohibiciones de huelga (párrafo 597).

c. Vincular el ejercicio del derecho de huelga a la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

Al interpretar la expresión "intereses económicos y sociales", esto debe hacerse de manera amplia, no limitándose a "obtener mejores condiciones de trabajo o demandas colectivas de carácter profesional", sino abarcando también "la búsqueda de soluciones a las cuestiones y problemas de política económica y social que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores" (párrafo 526). Esta última expresión repite la que figura en la entrada 148 del Comité de Expertos. Así pues, las organizaciones sindicales deben poder utilizar la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones políticas, económicas y sociales que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en lo que respecta al empleo, la protección social y el nivel de vida (párrafo 527).

Este criterio parece, en principio, excluir del ámbito de la protección internacional en el seno de la OIT únicamente las "huelgas puramente políticas" (párrafo 528), entendidas así como las que tienen por objeto la caída de un gobierno o la toma del poder. Según la Comisión de Expertos, la prohibición de una huelga, como obstáculo considerable para un medio esencial de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses, sólo estaría justificada y se trataría de una situación de "crisis nacional aguda e incluso durante un período de tiempo limitado y sólo en la medida necesaria para hacer frente a tal situación" (véase 152).

Esto se desprende del párrafo 497¹⁵³ de la Recopilación del Comité de Libertad Sindical de la OIT (2006, pág. 109), que recomienda que los sindicatos actúen "más estrechamente en relación con las cuestiones sindicales y profesionales, sin perjuicio de la libertad de opinión de sus miembros y sin que el gobierno intervenga en su funcionamiento" (LIRA, 2009, pág. 103). En este sentido, hay que reconocer que la OIT sigue dudando en adoptar una postura francamente más favorable al derecho de huelga. De hecho, para la Comisión de Expertos (1994, pág. 65), la acción de huelga no puede ser un fin en sí misma, y teniendo en cuenta que la acción de huelga "además de ser costosa y perturbadora para los trabajadores, los empleadores y la sociedad, refleja "el fracaso de la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo, que debería ser el objetivo final" (versículo 136).

Pero de ninguna manera puede entenderse tal recomendación como una prohibición general de acción política, sino sólo, según el párrafo 498, recomendar como "deseable que, en interés del desarrollo general del movimiento sindical" que los sindicatos, en su relación con los partidos políticos, no comprometan la "continuidad del movimiento sindical o de sus funciones sociales y económicas, cualesquiera que sean los cambios políticos que se produzcan en el país" (traducido). Por lo tanto, la restricción de las huelgas puramente políticas debe interpretarse con ese espíritu, y no que la huelga no pueda tener una motivación política. Tanto es así que incluso "la declaración de ilegalidad de una huelga nacional de protesta, por las consecuencias

153 Parágrafo 497: "Para poner a los sindicatos al abrigo de las vicissitudes políticas y para sustraerlos a la dependencia de los poderes públicos, sería deseable que las organizaciones profesionales limitasen su actividad – sin perjuicio de la libertad de opinión de sus miembros – a las cuestiones profesionales y sindicales, y que el gobierno se abstuviese de intervenir en el funcionamiento de los sindicatos".

sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición, constituye una huelga que viola la libertad sindical" (párrafo 542, traducido). Por lo tanto, "las disposiciones que generalmente prohíben las actividades políticas de los sindicatos para promover sus objetivos específicos son contrarias a los principios de la libertad de asociación" (párrafo 500, traducido). Se autorizan expresamente las huelgas de protesta y crítica "contra la política económica y social del gobierno" (párrafos 529, 531, 542 y 543), las huelgas generales de protesta contra una resolución de conciliación y arbitraje; las huelgas de solidaridad¹⁵⁴ (párrafo 534) y las huelgas de protesta contra diversos empleadores (párrafos 539 y 540); cuando el empleador es el propio poder público (párrafo 530), por el reconocimiento del propio sindicato (párrafos 535 y 536); las huelgas contra el retraso en el pago de los salarios (párrafo 537); las huelgas no vinculadas a un convenio colectivo (párrafo 538), e incluso las huelgas contra las violaciones de los derechos humanos (párrafo 544). A modo de resumen, puede decirse que la acción política de los sindicatos no está prohibida, pero constituiría un abuso cuando los sindicatos se exceden en sus propias funciones para promover intereses esencialmente políticos" (párrafo 502, traducido), interpretando esta expresión a actividades puramente partidistas. Se trata, por tanto, de garantizar la independencia del movimiento sindical, evitando que se convierta en un instrumento de los partidos políticos o del gobierno¹⁵⁵. La represión de estos abusos se dejaría

154 Aunque el Comité no presenta directamente su posición sobre las huelgas de solidaridad, es claro al establecer que las huelgas de solidaridad no pueden estar sujetas a una prohibición absoluta y que los trabajadores deben poder recurrir a tales acciones cuando la huelga apoyada sea legal.

155 Parágrafo 499: "El Comité reitero el principio enunciado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el resolución sobre independencia del movimiento sindical, según la cual los gobiernos no deberían tratar de transformar el movimiento sindical en un instrumento político y utilizarlo para alcanzar sus objetivos políticos;

exclusivamente en manos de las autoridades judiciales (párrafo 628), que no deberían perder de vista que el objetivo fundamental de las organizaciones sindicales es esencialmente político, es decir, "el progreso económico y social de sus miembros" (párrafo 501).

d. la huelga limitada a ciertas formas y motivos, siguiendo procedimientos predeterminados

Entre los requisitos que la huelga debe cumplir con estrictos procedimientos para su legalidad suele figurar la obligación de notificar previamente al empleador o a su organización antes de que se decreta, algo que la OIT considera admisible (párrafo 552), e incluso puede alcanzar largos períodos (hasta veinte días e incluso hasta cuarenta días como "período de reflexión antes de la declaración de la huelga") en servicios esenciales de interés social o público (párrafos 553 y 554¹⁵⁶).

La ley tampoco debe supeditar el inicio de una huelga a procedimientos previos de arbitraje obligatorio, aunque no es incompatible con la libertad sindical de prever

tampoco deberían inmiscuirse en las funciones normales de un sindicato tomando como pretexto que éste mantiene relaciones libremente establecidas con un partido político”.

156 Parágrafo 553: “El requisito de un preaviso de 20 días no atenta contra los principios de la libertad sindical en los servicios de interés social o público”.

Parágrafo 554: “La exigencia legal de un período de reflexión de 40 días antes de la declaración de una huelga en un servicio esencial, tiene la finalidad de otorgar a las partes un plazo de reflexión, no es contraria a los principios de libertad sindical. Esta cláusula de contemporización puede permitir a ambas partes entablar nuevas negociaciones y, eventualmente, llegar a un acuerdo sin tener que recurrir a la huelga”

procedimientos previos de conciliación¹⁵⁷. La prioridad del intento de negociación que resulte en una conciliación puede incluso justificar la suspensión de la huelga, siempre que se haga dentro de un plazo razonable¹⁵⁸. La cuidadosa redacción del párrafo muestra que el procedimiento en cuestión está lejos de ser fácilmente asimilado por el principio de libertad sindical y el derecho de huelga recomendado por la OIT, pero es tolerado y admitido en reconocimiento de que es una realidad bien conocida en la mayoría de los países miembros. La lectura conjunta del siguiente párrafo (551) muestra las estrictas condiciones en las que, según la OIT, tal suspensión sería tolerable: debería ser temporal; debería hacerse de manera que se agoten todos los medios de negociación, conciliación y arbitraje existentes; debería ir acompañada de procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en los que los interesados puedan participar en todas las etapas.

También hay que mencionar la restricción de la huelga para la resolución de controversias de carácter jurídico, que idealmente deberían resolverse a través de los tribunales, y no debería constituir una afrenta al principio de la libertad sindical cuando se garantiza el acceso a mecanismos rápidos e imparciales para su resolución (párrs. 532 y 533).

157 Parágrafo 549: “No puede considerarse como atentatoria a la libertad sindical una legislación que prevé procedimientos de conciliación y arbitraje (voluntario) en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de una huelga siempre y cuando el recurso al arbitraje no tenga carácter obligatorio y no impida en la práctica el recurso a la huelga”.

158 Parágrafo 500: “En general, la decisión de suspender una huelga por un período razonable con el fin de permitir a las partes lograr una solución negociada mediante esfuerzos de mediación o conciliación no constituyen en sí una violación de los principios de la libertad sindical”.

Según el párrafo 545¹⁵⁹ del Comité, la huelga, como instrumento de lucha de los trabajadores, debe ser entendida en un sentido amplio, abarcando también las acciones pacíficas de autotutela que no se limitan a la parálisis completa de la prestación de servicios, como las huelgas relámpago, las huelgas excesivas o de celo, las operaciones tortugueras, las ocupaciones de empresas o de centros de trabajo, etc.).

Específicamente en relación con la ocupación de la empresa o el lugar de trabajo, la redacción del párrafo 546¹⁶⁰ (sobre las ocupaciones agrícolas) aclara cuándo la ocupación se vuelve reprobable y contraria al artículo 8, Convenio 87 ("deber de las organizaciones sindicales de cumplir las leyes nacionales"): cuando se producen actos de violencia o cuando la ocupación tiene por objeto excluir la posesión final por parte del empleador.

El marco legal de la huelga, que delimita el derecho de huelga a "modalidades lícitas" -algo que conlleva en sí mismo una pretensión de aprisionar la huelga a un patrón pacífico y predecible- tiene el potencial de aniquilar el poder de presión que la huelga representa. Tanto es así que el Comité de Libertad Sindical, en su párrafo 547, advierte que las condiciones exigidas por la legislación nacional para que una huelga sea considerada legal deben ser "razonables" y, en cualquier caso, no deben ser "de tal naturaleza que constituyan una limitación importante de las posibilidades de acción de

159 Parágrafo 545: "En cuanto a las modalidades del derecho del huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reclamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo, el Comité considero que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos em que la huelga dejase de ser pacífica".

160 Parágrafo 546: "El Comité considero que la ocupación de fincas por trabajadores y otras personas, sobre todo cuando concurren actos de violència, es contraria al artículo 8 del Convenio n. 87. Por consiguiente, el Comité pidió al Gobierno que en el futuro dé cumplimiento a las órdenes de desalojo que pronuncie la autoridad judicial quando se produzcan actos delictivos en las fincas o centros de trabajo com motivo de conflictos laborales".

las organizaciones sindicales". Tales condiciones, además de ser razonables, no deben ser "complicadas" (párrafo 548¹⁶¹), para que se puedan cumplir fácilmente y no se conviertan simplemente en una excusa para que las autoridades declaren la huelga ilegal.

Las normas internacionales deben interpretarse como el mínimo consensuado entre los países, y no el máximo que se debe alcanzar, y por lo tanto sirven como un parámetro valioso para las normas locales, y en el caso específico de Brasil, por ser convenciones internacionales de derechos humanos, en ciertas circunstancias pueden tener el "status" normativo de las enmiendas constitucionales¹⁶².

161 Parágrafo 548: "Los procedimientos legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal".

162 Constituição brasileira: art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

2.2 - Otros ordenamientos jurídicos

OJEDA AVILÉS (1995, p. 443-6 apud ACKERMAN, 1990) habla de "tres modelos europeos" de regulación de la huelga, basados en las experiencias de autorregulación, o autodisciplina, de la huelga: el modelo germánico de 1949 (basado en las directivas del congreso fundador de la DGB; el modelo británico de 1978/9, cuya base son los estatutos confederados de la TUC y el modelo italiano de 1978/9 producido por la federación unitaria CGIL-CISL-UIL. Desde el origen mismo de estos modelos, se puede ver que una serie de características de los tres modelos son comunes, especialmente en lo que se refiere a la autorregulación de la huelga, influyendo en todos los demás países de Europa - y América Latina.

Una división muy similar aparece en Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela (2007, pp. 145-154) quienes, comparando el derecho de huelga en los sistemas europeo y norteamericano, presentan tres modelos de derecho de huelga: un modelo alemán, que sería básicamente el clásico modelo "puramente contractual"; un modelo inglés; y un modelo francés -que incluso podría llamarse "latino", ya que está muy cerca de los sistemas italiano, español y portugués.

El modelo alemán se caracterizaría por cinco notas: 1) titularidad de la huelga; 2) subordinación de la huelga a la negociación colectiva, de modo que no es posible hacer huelga durante el período de paz; 3) la huelga como "ultima ratio", es decir, sólo es posible después de que se hayan agotado todas las posibilidades razonables de

negociación; 4) por el principio de paridad de armas, el empresario está autorizado a utilizar el "lock-out"; .5) los funcionarios públicos no tienen derecho a la huelga.

El modelo inglés - enteramente diferente de los otros dos, incluso porque se podría cuestionar la existencia real de un "derecho de huelga inglés" (más propiamente sería sólo una libertad de huelga¹⁶³). La legislación se refiere más bien a la concesión a los sindicatos de inmunidades jurisdiccionales, o defensas, contra las acciones por daños y perjuicios deducidas por los empleadores. Estas inmunidades sólo se aplican cuando las huelgas se encuadran en un concepto estrecho de "conflicto laboral" (que no incluye, por ejemplo, las huelgas relacionadas con la representación sindical; las huelgas de solidaridad; las huelgas políticas, etc.) y, al mismo tiempo, cumplen con un procedimiento legalmente establecido que requiere tres condiciones: a) un voto en cada lugar de trabajo entre los miembros del sindicato; b) la aprobación de la mayoría de los votantes; c) una publicidad adecuada de los resultados de la votación, y que la huelga tenga lugar en un plazo de cuatro semanas.

El modelo francés estaría desconectado de la negociación colectiva y tendría las siguientes características: 1) el derecho de huelga es de titularidad individual y de ejercicio colectivo¹⁶⁴; 2) la huelga no se limita a las reivindicaciones económicas y profesionales, admitiendo también las huelgas para protestar contra la política económica o social del gobierno; 3) como la huelga no está necesariamente relacionada con la negociación colectiva, no se habla de "ultima ratio", admitiendo, en el sector privado francés, la huelga sorpresa; 4) los empresarios no tienen el derecho

163 "Freedom for strike".

164 Algo que, según los autores, de alguna manera lo transforma, como en Alemania, en un derecho de propiedad sindical únicamente.

de "cierre patronal", aunque se reconoce un derecho limitado a la reorganización del trabajo en la empresa (lo que, en España, podría traducirse en "cuadratura interna"); 5) los funcionarios públicos también tienen el derecho de huelga, aunque existe una regulación especial que limita su ejercicio, especialmente en lo que se refiere a la fijación de "servicios mínimos".

La legislación trata más bien de garantizar a los sindicatos inmunidades jurisdiccionales, o defensas, contra las acciones por daños y perjuicios deducidas por los empresarios. Estas inmunidades sólo se aplican cuando las huelgas se inscriben en un concepto estrecho de "conflicto laboral" (que no incluye, por ejemplo, las huelgas relacionadas con la representación sindical; las huelgas de solidaridad; las huelgas políticas, etc.) y, al mismo tiempo, cumplen con un procedimiento legalmente establecido que requiere, por lo menos, tres condiciones: a) un voto en cada lugar de trabajo entre los miembros del sindicato; b) la aprobación por la mayoría de los votantes; c) una publicidad adecuada de los resultados de la votación, y que la huelga tenga lugar en un plazo de cuatro semanas.

A continuación se describen brevemente las principales características del derecho de huelga en varios países europeos, destacando los aspectos que han sido seguidos, de manera menos crítica, por la legislación brasileña.

- Inglaterra:

El modelo anglosajón se caracterizó por una difícil evolución del derecho de huelga, enfrentándose a determinadas restricciones por parte de los jueces, lo que explica su escaso desarrollo. La principal característica de Inglaterra es precisamente la inexistencia de un verdadero derecho de huelga, entendiendo que la huelga se configura como simple libertad, no como suspensión de la relación laboral (PERONE, 1996, p. 27). Se añaden tres puntos fundamentales a esta información (CARBY-HALL, 2005, p. 27-8):

Primero: La legislación británica no otorga al trabajo el derecho a la huelga o a emprender cualquier otra acción colectiva. Sólo permite la libertad de hacer huelga y piquetes.

Segundo: La libertad de huelga o de emprender cualquier otra acción colectiva depende de la inmunidad aceptada, por lo que el sindicato o los trabajadores pueden ser considerados responsables si cometen actos ilícitos (entendidos como un simple incumplimiento del contrato de trabajo).

Tercero: La regulación de la huelga es extremadamente compleja, aplicando tanto el derecho británico como el derecho consuetudinario.

Esta dura regulación se explica por la historia del movimiento laboral inglés. Incluso cuando la incitación a la huelga dejara de ser un delito, los sindicalistas podrían ser considerados responsables civiles de las pérdidas del empresario. Esta situación perduró hasta que se promulgó la Ley de conflictos laborales de 1906, que protege a los sindicatos, mediante lo que se denomina la "regla de oro": "a) los sindicatos gozan de total inmunidad de responsabilidad civil; y b) los sindicatos y los sindicalistas gozan de inmunidad de responsabilidad penal por conspiración y de responsabilidad civil por incumplimiento de los contratos de trabajo; todo ello en el contexto de un conflicto entre trabajadores". Este conflicto se rige estrictamente por las normas legales y consuetudinarias, que hacen un estricto escrutinio de lo que son las huelgas "laborales" y las huelgas "políticas" y hacen complicadas demandas en cuanto a la consulta de los miembros del sindicato para aprobar la huelga. Los piquetes de huelga pueden ser considerados responsables tanto civil como criminalmente, a menos que sigan estrictamente su función de comunicar información o tratar de persuadir pacíficamente a unirse a la huelga. Los piquetes no pueden ser entrenados en otro lugar que no sea el lugar de trabajo de los participantes en el piquete, ni tampoco pueden ser integrados por trabajadores que no trabajan en el propio lugar de trabajo.

La propia supervivencia de las huelgas y del propio movimiento sindical inglés en medio de tan duras condiciones reglamentarias es un fenómeno que no debe ser

cuestionado aquí, pero que atestigua a favor de la fortaleza de los sindicatos tradicionales ingleses que han sobrevivido a durísimas pruebas a lo largo de la historia, incluso en tiempos recientes (Gobierno Thatcher¹⁶⁵).

Brasil tiene poco que cosechar, como subsidios, de la legislación inglesa en materia de huelgas, pero es inevitable darse cuenta de que la visión de la línea de piquete, no como un derecho - sino como una libertad otorgada y que debe ser estrictamente limitada - ha sido compartida por la doctrina nacional - a pesar del derecho a la huelga expresado en la Constitución y el derecho a participar en las líneas de piquetes contenidos en la propia ley de huelgas.

- Estados Unidos de América:

Aunque Estados Unidos tuvo una marcada influencia en el pensamiento jurídico brasileño desde finales del siglo XIX (hasta el punto de que el país en algún momento cambió su nombre por el de "Estados Unidos de Brasil"¹⁶⁶), la regulación del derecho de huelga no muestra mayores contribuciones del derecho estadounidense. Sin embargo, se puede afirmar sin duda una fuerte influencia en una concepción no intervencionista del derecho de huelga: éste es visto como una anomalía que se produce entre los actores privados y que sólo merece la atención de los poderes públicos cuando sus efectos llegan a la comunidad. Los derechos a la sindicalización y

165 Celebrar la sugerente frase: "Hay que romper la columna vertebral de los sindicatos".

166 Desde la Constitución de 1891 (republicana), Brasil se llama oficialmente "Estados Unidos de Brasil", nombre que en 1968 fue sustituido por el actual ("República Federativa de Brasil"). La ortografía de "Brasil" (con "s") se produjo en 1931.

la huelga nunca han sido protegidos adecuadamente en los Estados Unidos, de modo que la ley es notoriamente insuficiente para evitar que los empleadores avergüencen o incluso impidan la organización de sindicatos (RAMOS, 2008, p. 40)¹⁶⁷. Gran parte de la debilidad del movimiento sindical estadounidense proviene de un modelo sindical organizado por la empresa, sin una protección efectiva contra la conducta antisindical de los empleadores.

En los Estados Unidos no existe el derecho constitucional a la huelga. La Ley Wagner y la Ley Taft-Hartley (1947) esbozan el esquema general de la acción de huelga, y esta última define las responsabilidades del sindicato, incluyendo la acción de huelga en actividades esenciales. El sindicato más representativo es el que hace huelga (LEITE, 2012).

Desde la famosa huelga de los controladores aéreos, durante el gobierno de Reagan (1981), la influencia y el poder de los sindicatos en Estados Unidos han ido disminuyendo cada vez más (PAOLETTI, 2019).

- Alemania:

El reconocimiento de los sindicatos sólo procede de la República de Weimar (1919), que todavía no ha hecho ninguna referencia al derecho de huelga¹⁶⁸. En ese momento, sólo se permitía una huelga legal cuando el contrato de trabajo se había roto

¹⁶⁷"Desde el comienzo de la industrialización, la fuerza titánica del capitalismo estadounidense ha hecho que los sindicatos se enfrenten a los procesos capitalistas de las empresas de manera muy parcial" (RAMOS, 2008, p. 73, traducido).

¹⁶⁸ El reconocimiento constitucional de la huelga sólo se produce después del final de la Segunda Guerra Mundial en Francia (1946) e Italia (1948). Sólo años después, en las constituciones latinoamericanas.

previamente¹⁶⁹. Sólo después de la aprobación de la Ley Fundamental (1946), la pesadilla nazi, se reconoció el derecho a la huelga, aunque no estaba expresamente previsto en la Constitución¹⁷⁰ y se mencionaba poco en la legislación ordinaria. Considerada fundamental por el Tribunal Constitucional¹⁷¹, la reglamentación se encuentra en tres decisiones del Tribunal Federal del Trabajo (1955, 1971 y 1980) y una del Tribunal Constitucional (1991), siempre manejando el concepto de "paridad de armas", equiparando la huelga de los trabajadores con el "lock-out" del empleador. La huelga en Alemania se considera un fenómeno esencialmente colectivo, meticulosamente regulado y visto como un daño indeseable -aunque inevitable- a la paz social (ZACHERT, 2005, pp. 117-8). El principal criterio jurisprudencial es la proporcionalidad. En consecuencia, los conflictos laborales sólo pueden desencadenarse a partir del agotamiento de las negociaciones ("última ratio") y, por lo tanto, sólo se justifican si las demandas no pueden realizarse a través de una demanda ante los tribunales laborales. Otra consecuencia es que las huelgas sólo se justifican en el marco de un convenio colectivo. En este sentido, se reconoce el derecho de huelga como una necesidad de los sindicatos para doblegar la resistencia del empleador, sin la cual estarían encerrados en una situación de "mendicidad colectiva"¹⁷².

169 La suspensión del contrato de trabajo en caso de huelga es ahora admitida por el Tribunal Federal de Trabajo en la decisión del 21 de abril de 1971.

170 La Constitución alemana guarda silencio sobre el tema de las huelgas, pero garantiza el derecho de asociación.

171 El reconocimiento del derecho de huelga se basa en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley Fundamental (BAG 10/6/1960, AP, N° 63).

172 Tribunal Federal del Trabajo, decisión del 10 de junio de 1980 (ZACHERT, 2005, p. 119).

Existe un cierto consenso social sobre la importancia del derecho de huelga, tanto es así que la regulación del derecho de huelga encuentra su desarrollo en la autorregulación, siendo los propios sindicatos los que establecen normas específicas para las huelgas en los servicios esenciales. El conflicto en Alemania es tradicionalmente bajo. Aunque el número de huelgas ha aumentado considerablemente hoy en día, el número de días de trabajo perdidos sigue siendo uno de los más bajos de Europa.¹⁷³ Esta situación de relativa calma está en consonancia con el hecho de que, dentro de Europa, Alemania mantiene una de las tasas de desempleo más bajas, dando poco peso a los llamados trabajadores por cuenta propia. Aún así, ya se pueden apreciar nuevas tendencias para el sindicalismo alemán, en vista del recrudecimiento de los conflictos laborales debido al aumento del desempleo y a los cambios productivos (ZACHERT, 2005, p. 127-9). Son indicativos que llevan a una reevaluación del modelo de huelga alemán -tan admirado e imitado por el legislador brasileño- en al menos dos puntos fundamentales: el monopolio sindical para el desencadenamiento de la huelga y la limitación de la huelga legal a los conflictos relativos a los convenios colectivos.

- Italia:

Italia ejemplifica cómo la división entre las "fases del derecho de huelga" ha resultado ser bastante insuficiente en la práctica, ya que el desarrollo de un amplio

173 Dois dias de trabalho perdidos/ano a cada 1000 trabalhadores, dados da OIT, 2012 (INFOBAE, 2015).

derecho de huelga se ha producido con sacudidas y reveses, nunca de manera lineal. Así, hasta 1889, la huelga era un delito, algo que sólo dejó de ocurrir después de la promulgación de la Ley Zanardelli que revocó la prohibición de la coalición. Sólo entonces se admitió la huelga, siempre y cuando fuera "pacífica y sin amenazas". Con el auge del corporativismo (1926), la represión volvió a la República, que finalmente consagró el derecho de huelga (Artículo 40 de la Constitución Republicana de 1948). Sin embargo, no se promulgó ninguna ley para regularlo (GIUGNI, 1991, p. 169). En el caso de las huelgas en los servicios públicos, la huelga está restringida por una lista de actividades enumeradas en la ley (n. 146/90) que contradice las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Existen procedimientos obligatorios para el desencadenamiento de huelgas, especialmente una advertencia de diez días.

La regulación de la huelga se produjo básicamente por la labor jurisprudencial. El Tribunal Constitucional italiano, mediante su sentencia de diciembre de 1974, comenzó a admitir como lícitas las huelgas políticas - revocando las disposiciones penales que las suprimían - pero las relegó al campo de la mera libertad de huelga, sin reconocer ningún derecho. El decreto de ilegalidad se centra en las huelgas que, en opinión del Tribunal Constitucional, van más allá de los límites de una forma legítima de presión o tienen por objeto subvertir el orden.

Esta caracterización de las huelgas políticas se aproxima al concepto que defiende la OIT.

- Francia:

Francia cuenta con cinco leyes fundamentales que regulan los sindicatos y las relaciones colectivas: la de 1884, que autoriza la creación de sindicatos para la defensa

colectiva de los trabajadores; la de 1920, que permite a los sindicatos actuar en justicia en defensa de los intereses colectivos; la de 1956, que prohíbe la discriminación sindical; la de 1968, que autoriza a los sindicatos a actuar dentro de las empresas; y, por último, la de 2008, que establece las condiciones de legitimidad de los sindicatos en Francia. Este modelo permite una presencia sindical bastante fuerte en las empresas, aunque el nivel de sindicalización (11%) sea bajo. (SACHS, 2017, p. 22). Al igual que en Italia, dado que el legislador no ha regulado el derecho constitucional de huelga, el concepto de huelga es eminentemente jurisprudencial, lo que configuraría un "reconocimiento implícito"¹⁷⁴. Así pues, correspondía a la jurisprudencia establecer los contornos de la huelga que se inclinaba, desde 1950, a diferenciar entre los movimientos que constituyen un "ejercicio normal del derecho" (y, por tanto, no son susceptibles de ser penalizados) y los que, por ser "ilícitos", no se benefician de ninguna protección. Se crea un "todo o nada". (RAY, 2005, p. 231).

Así pues, se reconoce un "ejercicio normal del derecho de huelga" a nivel individual, lo que hace ilegal (nula) cualquier reacción del empleador por motivos disciplinarios y exime al trabajador de toda responsabilidad civil. Sin embargo, en caso de ilegalidad (aunque sea involuntaria), el huelguista puede ser despedido e incluso compensado por los daños causados intencionadamente. A nivel colectivo, en caso de huelgas ilícitas o abusivas, el empresario tiene derecho a reaccionar, incluso mediante el "lock out". Una dicotomía tan aguda ha sido atenuada por el Tribunal Supremo desde 1990. Sin embargo, la vaguedad de un concepto claro de "huelga lícita" conduce

¹⁷⁴ Georgenor de Souza Franco Filho (1992, p. 97-98) en una sistematización de las Constituciones de varios países, diferencia las que garantizan el derecho de huelga en la propia Constitución (1) de las que lo garantizan sólo en la legislación infraconstitucional (2) y, además, de las que sólo admiten implícitamente la huelga (3).

a la "inseguridad jurídica del huelguista", una situación que los propios sindicatos consideran mejor que dejar al legislador con una reglamentación precisa y rígida, dejando cierto margen de negociación (RAY, 2005, p. 232).

La legislación brasileña, contrariamente a la experiencia francesa, ha avanzado hacia una definición estricta de "huelga lícita", con consecuencias aún más graves: además de la inseguridad, la desprotección jurídica del huelguista

- Portugal

El derecho de huelga está contenido en la Constitución portuguesa, en términos muy parecidos a los adoptados posteriormente por el constituyente brasileño. En su artículo 57, reconoce que el derecho de huelga corresponde a los trabajadores, quienes serán responsables de definir los intereses que se defenderán, así como el alcance de la huelga¹⁷⁵. El reglamento (Ley n. 65, de 26/8/77) no define ni restringe la huelga (LEITE, 2012).

La ley que regula las huelgas (Ley Nº 65 de 26/8/77) no las define ni las restringe (LECHE, 2012). Según Antonio Monteiro Fernandes (1987, p.54-5), el modelo jurídico portugués no incorpora, como elemento estructural, ninguna referencia a "fines de cierta naturaleza", por lo que no existe una determinación

175 Art. 57 “Direito de greve e proibição do lock-out. 1. É garantido o direito à greve. 2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito. 3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis. 4. É proibido o lock-out”.

positiva de un cierto orden de finalidad como típico del derecho de huelga. La expresión "intereses de los trabajadores" en la norma legal no actúa como un rasgo estructural o constitutivo del derecho de huelga, sino que posiblemente limita la legalidad de las conductas conflictivas. Así pues, no existe un "tipo legal de huelga", y otras formas de abstención colectiva, concertada y simultánea del trabajo por parte de un determinado número de trabajadores no están excluidas del ámbito de aplicación de la ley como forma de presión para garantizar la consecución de un propósito común.

Las huelgas políticas o de solidaridad no están prohibidas. El derecho de los funcionarios públicos a la huelga está permitido, con la excepción de los miembros de las fuerzas militares y militarizadas. En las actividades esenciales, la ley (art. 8) determina el funcionamiento de los servicios mínimos y prevé, como en Francia, la requisición civil de los trabajadores, mediante una ordenanza, editada por el Consejo de Ministros.

Como en Brasil, existe una reserva exclusiva al sindicato de la capacidad de negociación (Constitución portuguesa, art. 57, n. 3), pero el desencadenamiento de la huelga también depende de la asamblea de los trabajadores que deciden por mayoría absoluta. Esta discrepancia representa una "ruptura del paralelismo entre los modos de expresión de la autonomía colectiva y la autotutela colectiva" (FERNANDES, 1987, p. 56), una dicotomía que también se da en el sistema jurídico brasileño.

Existe una gran proximidad entre la definición constitucional de la huelga en la Constitución portuguesa y la Constitución brasileña, incluso porque la primera fue una de sus inspiraciones. Sin embargo, la aplicación práctica de la norma constitucional

por parte de los tribunales brasileños y portugueses fue bastante diferente, lo que contribuye en particular al mantenimiento de una visión retrógrada de la huelga¹⁷⁶.

2.3 – Derecho de huelga en España y su influencia en el derecho brasileño

No es posible, dentro de los límites de este trabajo, analizar el marco legal español, y mucho menos intentar describir, aunque sea parcialmente, la rica historia del derecho de huelga español que lo generó. Tales temas no admiten síntesis estrechas y superficiales que superen la larga y feroz construcción de un derecho de huelga que, al fin y al cabo, dio lugar al Art. 28.2 de la Constitución de 1978. Pero para entender el derecho de huelga en Brasil a partir de la Ley n. 7783/79, hay que tener en cuenta que la inspiración más relevante fue precisamente la ley española, sobre todo a través de una cierta lectura, algo superficial y esquemática, que hizo del derecho de huelga a partir de una conceptualización de lo decidido por el Tribunal Constitucional español a través de la famosa Sentencia 11/1981¹⁷⁷. Por las mismas razones, la Sentencia del Tribunal Constitucional no será analizada en su totalidad, sino sólo aquellos aspectos que mejor pongan de manifiesto las discrepancias e insuficiencias de la deficiente transposición a la legislación brasileña.

176 Mientras que golpear es un hecho normal y bien aceptado en Portugal, en Brasil se sigue hablando de golpear con miedo y conmoción. Como ejemplo, un reciente artículo de prensa publicado en una prestigiosa revista semanal brasileña: "Camioneros y sindicatos amenazan al gobierno de Bolsonaro con una nueva huelga" (VEJA, 2019, traducido).

177 Sobre las similitudes políticas de los procesos constituyentes español y brasileño, ver MAUÉS; Santos, 2008.

En muchos aspectos, existen similitudes entre la sentencia 11/1981 y las soluciones - inéditas en la legislación brasileña - dadas por el legislador brasileño en 1989¹⁷⁸. Ambas se justifican en la necesidad de establecer un equilibrio entre la efectividad de un derecho fundamental y las restricciones impuestas por otros derechos o bienes igualmente protegidos constitucionalmente, apoyándose en mecanismos de ponderación de la aplicación del derecho, teniendo como elemento central el principio de proporcionalidad importado de la doctrina alemana (CARRIZOSA PRIETO, 2004, p. 84).

Una primera observación: la diferencia relevante entre ambas situaciones, que aparentemente pasó por alto consideraciones mayores en Brasil. Si en España se trataba de adaptar la legislación anterior a la Constitución, en una tarea de eliminar criteriosamente una normativa obsoleta¹⁷⁹; en Brasil se trataba precisamente de dotar al país de una nueva ley, ajustada a la nueva Constitución, recién promulgada tras veinte años de dictadura militar. El legislador brasileño, de manera un tanto inexplicable, alejó el pasado de la legislación superada por el nuevo pacto constituyente, dejando pasar la oportunidad de construir un texto normativo equivalente a una "nueva república"¹⁸⁰ que se pretendía inaugurar después de tantos años de dictadura.

178 Como la figura del abuso de la huelga, la legalidad de la acción de los piquetes o el requisito de mantener el equipo esencial para el empleador.

179 alguna regulación de la huelga se produce en el Decreto 1376/1970 de 22 de mayo y posteriormente en el Decreto Ley 5/1975 de 22 de mayo que reconoce formalmente el "recurso a la huelga" bajo determinadas condiciones. El RDLRL 17/1977 de 4 de marzo, fruto de la transición política, pretende crear un nuevo marco legal, pero que pronto se ve superado por la aceleración de los acontecimientos políticos que condujeron a la reconstrucción democrática en España.

180 "Nueva República" fue el lema que movilizó al país al poner fin al período militar autoritario.

En cualquier caso, un mejor conocimiento de la experiencia española nos permite comprender mejor los aciertos y errores de la experiencia brasileña en la construcción del derecho de huelga. España, que acababa de salir del franquismo, también tuvo que enfrentarse, como Brasil, a la existencia de una legislación preconstitucional que, en muchos aspectos, era incompatible con la nueva Constitución¹⁸¹. Es precisamente la conformidad de las normas vigentes hasta entonces con esta norma constitucional lo que constituye "el agudo conflicto hermenéutico español representado por la evidente contradicción entre la aprobación de una norma de derecho fundamental y la persistencia del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo- RDLRT n. 17/1977, de 4 de marzo. (MARTÍN VALVERDE, 1972, p. 36). Hay que recordar que tal norma fue aprobada como en Brasil, en una fase de transición entre la dictadura y la democracia. En el caso de Brasil, todavía bajo el último gobierno elegido indirectamente y poco después de la promulgación de la nueva Constitución. En el caso de España, en el "delicado momento de la bolsa legal de trabajo operada durante la transición política entre el tardofranquismo y la Constitución democrática" (ibidem, p. 36), es decir, antes de que el artículo 28.2 de la ley suprema española llegara a reconocer expresamente la huelga como "un derecho fundamental y especialmente protegido (artículos 28.2 y 53.2, CE)".

181 El RDLRL 17/1977 pretendía legalizar el ejercicio del derecho de huelga durante la transición política, pero con un claro contenido de contención para el emergente movimiento sindical. Entendiendo que "el real decreto-ley hace prácticamente inejercitable, por no decir inocuo, el derecho de huelga", el 14/01/1980, Aurelio Desdentado Bonete y otros diez profesores de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense solicitaron el recurso de inconstitucionalidad contra el RDLRL 17/1977 (ELPAÍS, 1980).

En España han pasado casi cuarenta años sin que se haya desarrollado legalmente el derecho de huelga¹⁸², siendo el único de los derechos fundamentales que sigue regulado por normas anteriores a la propia Constitución (NAVARRO, 2008, p. 338). En palabras de Montoya Melgar (1996, p. 100), existe una "provisionalidad española", por lo que después de tantos años todavía no hay un terreno seguro para la doctrina y la jurisprudencia. La permanencia de esta contradicción indeseada por una continuada omisión legislativa del legislador español ha creado un "acomodo interpretativo" (RENTERO JOVER apud GARCÍA, 2012) que aún está lejos de ser pacificado en la doctrina y la jurisprudencia.

En Brasil se ha producido un fenómeno curioso: en muchos aspectos, se mantuvo la misma normativa legal anterior a la Constitución con el pretexto de que sería la mejor interpretación de la Constitución de 1988, tomando como espejo lo que hizo España aprovechando la legislación anterior a su propia Constitución. Aparentemente, el legislador brasileño no entendió las posibilidades de que, en la edición de una nueva ley (algo que casi ocurrió en España en 1992¹⁸³), los institutos constitucionales se desarrollaran plenamente sin los lazos de la legislación superados por los hechos sociales y políticos. Algo que era circunstancial y que se pensaba que era provisional en España, se convirtió en central y definitivo en Brasil.

182 Los derechos fundamentales en España, al igual que en Brasil, son directamente aplicables, lo que hace que la falta de desarrollo legal esté ciertamente más garantizada para los titulares que una mala regulación. Las dificultades de la regulación en España de estos derechos se derivan de la exigencia de aprobación por ley orgánica (y mayoría cualificada) y de la consecución de un amplio consenso sobre los límites del derecho de huelga.

183 En 1992, un proyecto de ley enviado por el entonces Primer Ministro Felipe González fue casi aprobado por ambas cámaras legislativas (Proyecto de Ley Orgánica de Huelga 121/87).

La Constitución española define el derecho de huelga en el artículo 28.2¹⁸⁴. Los mismos derechos, para Mário de la Cueva (1949, p. 216-7), constituyen el "triángulo equilátero" del derecho colectivo, todos ellos esenciales para su propia existencia, porque "si el derecho laboral garantiza la vida de los sindicatos, es para que luchen por alcanzar sus fines". Como sostiene Baylos Grau (1981, p. 91), es un derecho que "goza de la máxima protección que la Constitución otorga a los derechos y libertades" como parte del "núcleo integrador de los derechos inviolables de la persona" y, como tal, "fundamento del orden político y la paz social". Sin embargo, el desarrollo normativo de este derecho constitucional no se realizó en el mismo diapasón, ya que no se elaboró la legislación que pudiera dar la configuración completa de este derecho de huelga, dejando dicha misión al Poder Judicial.

De entre las muchas decisiones judiciales sobre el tema, la más notable es precisamente la primera, la Sentencia nº 11/81, de 8 de abril, del Tribunal Constitucional español (TCE) con gran impacto en la doctrina constitucional, que ha provocado un intenso debate nacional, hasta el punto de que MARTÍN VALVERDE dijo que en España el derecho de huelga se ha convertido, más que en un "derecho judicial", en un "derecho de los juristas"¹⁸⁵. Esta sentencia marca el inicio de este gran debate y establece los parámetros de la construcción doctrinal y jurisprudencial española del derecho de huelga hasta nuestros días.

184 Art. 28.2 CE – “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

185 Héctor Omar García señala, a lo largo del debate sobre la constitucionalidad de la huelga, la gran influencia del derecho constitucional alemán (apud GARCÍA, 2012, p. 33).

En esta decisión, el Tribunal Constitucional consideró en primer lugar la alegación de inconstitucionalidad de los artículos 1 a 26 (Títulos I y II) y de las Disposiciones Adicionales 1 a 4 del RDLRL 17/1977. En un sentido general, la Sentencia 11/1981 declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos del RDLRL 17/1977, así como señaló el significado por el cual varios otros artículos deben ser interpretados de acuerdo con criterios constitucionales. Sin embargo, en tantas otras cuestiones, mantuvo esencialmente el contenido del Real Decreto-Ley, entendiendo que sólo se revocaron aspectos muy pequeños de la legislación pre-constitucional. En la interpretación de Tomaz Sala Franco (2002, p.393), se trata de una decisión avanzada en el campo de los principios, pero muy prudente en el campo de las conclusiones concretas.

Una de las primeras y difíciles cuestiones afrontadas fue la definición del contenido del derecho constitucional de huelga o, la aplicación de la garantía del "contenido esencial del derecho fundamental de huelga, algo que, como indica Esther Carrizosa Prieto (2004, p. 89), aparece sin una relación clara con el principio de proporcionalidad, un mecanismo importado de la doctrina alemana "para evitar la intromisión arbitraria en la esfera de los derechos fundamentales, ya sea que éstos provengan de un poder público o privado". Esta aplicación es particularmente importante para evitar los riesgos de que, en situaciones de confrontación, el poder de dirección del empresario pueda ser utilizado para establecer límites ilegítimos al derecho de huelga. Por lo tanto, era una tarea que se imponía el Tribunal Constitucional, para encontrar una aplicación proporcionada del derecho constitucional de huelga o, definir "hasta qué punto el legislador puede producir una injerencia en los derechos fundamentales y, concretamente, en el llamado contenido esencial de los mismos", determinando, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, los límites de las medidas restrictivas del derecho de huelga (ibídem, pág. 93).

El Tribunal Constitucional adopta un concepto amplio de la huelga¹⁸⁶, definiendo un "campo protegido" (art. 28), reconociendo un derecho subjetivo de huelga para todos los trabajadores y definiendo el contenido esencial del derecho de huelga como el cese de la prestación de servicios de forma temporal, paralizando el poder sancionador de la empresa. Sin embargo, al hacerlo, basándose en Esther Carrizosa Prieto (2004, p. 111), el STC lo hace de manera "borrosa", sin aclarar si adopta la "teoría absoluta" o la "teoría relativa" de la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales. El primero sostiene que dicha garantía constituye el núcleo irreductible del derecho garantizado, por lo que no existe ninguna justificación, ni siquiera constitucional, que legitime cualquier restricción del derecho fundamental. Junto con el contenido esencial hay otra parte del derecho ("contenido adicional"), en la que es posible una interferencia justificada, siempre que se adopte el principio de proporcionalidad. Así, la garantía del contenido esencial "entraría en juego" sólo después de la aplicación del principio de proporcionalidad, que son garantías autónomas, de modo que el principio de proporcionalidad no suplantaría ni absorbería la garantía del contenido esencial. La teoría relativa del contenido esencial supone también un ámbito prohibido a los poderes públicos, pero no de forma absoluta. Así, se permite la interferencia con el propósito de proteger un bien, valor o derecho constitucional, siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

186 La huelga como una perturbación que se produce en el desarrollo normal de la vida social y, en particular, en el proceso de producción de bienes y servicios, que puede tener por objeto exigir mejoras en las condiciones económicas o, en general, en las condiciones de trabajo, pero que también puede suponer una protesta con repercusiones en diferentes ámbitos o campos (STC 11/1981, 8-4-1981).

Aparentemente, por lo tanto, según la segunda teoría, el contenido esencial del derecho fundamental sería lo que queda de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Siempre a partir de Esther Carrizosa Prieto (*ibidem*, p. 95-100), a pesar de adoptar expresamente el concepto absoluto, el STC incurre en cierta contradicción cuando previamente declara como contenido esencial del derecho fundamental el derecho a ejercer cualquier tipo de huelga para declarar inmediatamente, como ilegales o abusivas, determinadas modalidades de huelga.

La calificación de huelga ilegal se reserva para determinadas situaciones en las que el RDLRL 17/1977 prohíbe expresamente las huelgas de carácter estrictamente político, las de solidaridad, las que van en contra de las formalidades previstas por la ley y las que violan el llamado "período de tregua".

Según la sentencia, no entra en el concepto de huelga protegida (art. 28) "las perturbaciones en la producción de bienes y servicios o en el funcionamiento normal" de estos últimos que se introducen con el fin de presionar a la Administración Pública o a los organismos estatales para que se adopten medidas gubernamentales o se introduzca una nueva reglamentación más favorable a los intereses de una categoría. Por lo tanto, existe una exclusión expresa de la posibilidad de huelgas dentro del ámbito protegido de la Constitución de las denominadas "huelgas políticas" o "huelgas de solidaridad", lo que significa que sólo son lícitas las huelgas que pretenden estar vinculadas a la profesión y que pueden ser atendidas por el empresario.

El STC parte de una concepción absoluta del contenido esencial como núcleo mínimo intocable y luego pasa a suavizar los términos y a admitir la posibilidad de interferencias, siempre que estén justificadas.

De hecho, el art. 7.1 RDLRL 17/1977 establece que el ejercicio del derecho de huelga sólo debe realizarse mediante el cese de los servicios, así como declara expressamente, como actos ilícitos o abusivos, las denominadas "huelgas de celo" o "huelgas reglamentarias" y las formas de alteración colectiva del sistema de trabajo distintas de la huelga. En cuanto a la forma de huelga adoptada, la sentencia del

Tribunal Constitucional considera que el contenido esencial de una huelga consiste en el cese del trabajo en todas sus manifestaciones y no hay razón para que la Constitución prevea necesariamente "todas las formas y modalidades de huelga, todos los fines previstos, ni todas las clases de acción directa de los trabajadores" (traducido). Sin embargo, en lugar de aceptar como contenido del ámbito protegido del derecho fundamental toda manifestación de huelga consistente en el cese del trabajo, el STC entiende la existencia de un "margen de libertad del legislador" para, regulando el ejercicio del derecho de huelga, entender como abusivas ciertas formas de cese del trabajo, siempre que lo haga de forma justificada. Así pues, el Tribunal Constitucional, aunque explícitamente no adopta un modelo normativo de huelga¹⁸⁷, concede al legislador ordinario la posibilidad de aceptar, a su discreción, un modelo legal de huelga, siempre que respete un (ahora) poco claro "contenido esencial de la ley".

Aparentemente, esta misma dicotomía ha llegado a la doctrina brasileña, en medio de declaraciones altisonantes sobre el carácter no absoluto del derecho de huelga y propuestas para restringir el derecho de huelga por un derecho constitucional de eficacia limitada por una ley que lo regule (MAGANO, 1986, p. 177). Aunque la Constitución de 1988 parecía eximir la regulación del estado por ley, poco se cuestionó la inconstitucionalidad de la ley de huelgas de 1989¹⁸⁸. En realidad, tales posiciones doctrinales sólo actualizaron, en el debate post-constitucional de 1988, la

187 Por el contrario, admite como contenido de la protección constitucional del derecho de huelga cualquier forma de cese de trabajo "en cualquiera de sus manifestaciones".

188 Uno de los primeros estudios sobre la inconstitucionalidad de la ley n. 7783/89 en RIBEIRO DA SILVA, 1989.

misma visión tradicional de la huelga como un derecho ontológicamente instrumental limitado por su funcionalidad¹⁸⁹.

En la sentencia española, al analizar la conformación jurídica del espacio protegido del derecho de huelga, el STC destacó varias garantías destinadas a hacer efectivo el ejercicio del derecho de huelga: la reserva de regulación normativa a través de la ley orgánica (art. 53.1 y 81.1 CE); un proceso sumario y una garantía preferente reservada a los derechos fundamentales (art. 53.1 CE).² CE); procedimiento especial de urgencia, tanto en el ordenamiento jurídico social como en el contencioso administrativo; garantías contractuales (suspensión del contrato de trabajo; prohibición de que el empresario contrate huelguistas de reemplazo; disposiciones sancionadoras, incluso penales, a quienes impidan o limiten el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga (art. 315 CP), especialmente si el empresario es funcionario o autoridad pública (art. 542 CP y art. 95.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril). Finalmente, la definición de la huelga como derecho fundamental va acompañada de una serie de garantías propias de esta clase de derechos que, en el caso brasileño, desaparecen aunque la huelga también se incluya en el capítulo de "Derechos y garantías fundamentales". Puede decirse que, al regular la dieta constitucional de la huelga, el legislador brasileño aparentemente descuidó la gravedad y delicadeza que implica la operación hermenéutica de delimitación de los derechos fundamentales.

Para el STC, el alcance protegido del derecho fundamental de huelga consiste, básicamente, en la facultad asegurada a los trabajadores de situarse temporalmente

¹⁸⁹ El derecho de huelga no es un derecho abstracto, sino un derecho colectivo funcional e instrumental: cumple una función social y sólo en el sentido de esa función social puede ser legítimo (BATALHA, 1994, p. 229).

fuera del marco del contrato de trabajo, descargándose temporalmente de sus obligaciones sin que ello implique un incumplimiento de contrato, ya que dichas obligaciones se suspenden mientras dure la huelga y sin ninguna consecuencia negativa para los trabajadores más allá de la pérdida de sus salarios a partir de los días de huelga. La huelga, por lo tanto, sale legalmente del territorio de la marginalidad o de la represión contractual, pero también administrativa o penal (GONZÁLES ORTEGA, 2017, p. 11).

Una importante reflexión sobre la operación de restricción del derecho de huelga adoptada por el STC español es también llevada a cabo por Esther Carrizosa Prieto (2004, p. 91). En la sentencia 11/1981, el STC utiliza una figura de derecho civil ("abuso de derecho"), algo que, en sí mismo, resulta problemático, ya que dicho instituto no tiene carácter constitucional y es ajeno al sistema de derechos fundamentales, lo que importa en una "ruptura del principio de jerarquía normativa garantizado por la Constitución" (CARRIZOSA PRIETO, 2004, p. 91). El uso mal juzgado del "abuso de derecho" por parte del instituto civil, apoyado normativamente por la legislación pre-constitucional, como límite del derecho de huelga, reduce indirectamente la eficacia "erga omnes" del derecho fundamental de huelga, arrastrando en tal operación hermenéutica, toda una concepción de un "derecho de huelga estigmatizado por la idea del delito, del abuso; en fin, de un derecho que, por ser un peligro para las relaciones sociales y económicas, tenía que reducir al mínimo su existencia (CARRIZOSA PRIETO, 2004, p. 122). Para este concepto, otras formas de acción directa que no encajan en esta definición están fuera del ámbito de la ley, ya que pueden ser formas de perturbación productiva desencadenadas por los trabajadores utilizadas como medio de presión para sus reivindicaciones. Tales formas son consideradas abusivas y por lo tanto determinantes para la ilegalidad del movimiento.

En este sentido, Raquel Navarro advierte que el RDLRL 17/1977 no declara ilegales algunas formas particulares de huelga atípicas, sino sólo abusivas, lo que, en principio, autoriza a pensar que tal abuso es una presunción "iuris tantum" que admite

prueba en contrario (NAVARRO, 2008, p. 344). Así, según el STC, si el ejercicio del derecho de huelga no respeta la proporcionalidad entre los medios utilizados y los fines perseguidos, puede considerarse abusivo. Al definir lo que constituiría un uso abusivo del derecho de huelga, el STC utiliza el concepto de proporcionalidad mencionando, como parámetro del daño causado al empleador, cuál sería el daño aceptable previsto para una "huelga normal", dentro de una situación conflictiva en la que se produce un daño mutuo. Así, por ejemplo, no se presume que las llamadas "huelgas intermitentes" sean abusivas porque, en principio, no causan un daño grave y desproporcionado al empresario. El concepto de daño desproporcionado que puede constituir un abuso de la huelga ha sido aclarado a lo largo del tiempo por la jurisprudencia, para lo cual no basta con que la huelga cause un daño a la empresa, sino que el daño debe ser grave, además de lo que razonablemente requiera la propia actividad conflictiva y las exigencias inherentes a la presión que necesariamente implica la huelga (STC 72/82, 9 jun).

Así, según la sentencia 11/1981, una huelga puede considerarse abusiva si consigue la participación mayoritaria de los trabajadores implicados en el plan de huelga, de forma que el "concierto de unos pocos extienda la huelga a todos". Lo mismo ocurre cuando la perturbación de la producción que la huelga conlleva "un efecto multiplicador", de forma que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede superarse mucho después de que la huelga haya cesado. Así, una huelga de poca duración formal es abusiva, pero que logra prolongar sus efectos en el tiempo, teniendo una duración sustancial mucho más larga que exigiendo al empresario el costo adicional de la reorganización. Por último, el abuso del derecho de huelga podría consistir también en disminuir formalmente y aparentemente el número de personas que están en huelga, "disminuyendo indebidamente el número de personas que no tienen derecho a prestaciones o salarios": sería un "abuso del derecho de huelga" simular que una parte de los trabajadores no está en huelga - cuando en realidad lo está - violando un deber

mutuo de lealtad y honestidad en una relación conflictiva en la que las partes se comprometen a no exigir al otro un daño excesivo. En tales ocasiones, por tratarse de un ejercicio del derecho de huelga que no respeta la proporcionalidad entre los medios utilizados y los fines a alcanzar, la huelga puede ser considerada abusiva. En otras palabras, el STC admite que el propósito básico de la huelga es causar un daño económico a la empresa, pero afirma que este daño no puede ser excesivo o desproporcionado, estableciendo así un límite de un derecho fundamental en un enfoque contractual¹⁹⁰ - más que constitucional - de la cuestión (ORTEGA, 2017, p. 14). Tampoco se conoce aquí la plena efectividad del derecho de huelga, imponiendo una "equivalencia de sacrificios" para que el daño al empresario sólo pueda producirse legítimamente si los huelguistas pagan un precio proporcional o equivalente al daño que causan, algo que ignora la dimensión esencialmente colectiva -y no individual- del derecho de huelga. Los trabajadores (ORTEGA, ibidem, p. 14) deben ahora soportar sacrificios (¡casi como una penitencia!) debido a su elección de formas de huelga que optimizan la huelga, causando un mayor daño a los empresarios con menores costos. Se adopta la teoría de que la empresa no puede tener "pérdidas excesivas" por la huelga, lo que en la práctica implica potencialmente hacer que cualquier huelga sea ineficaz o abusiva. Por último, se introduce también la idea ya mencionada de que habría un "deber de lealtad y honestidad" en el uso de estrategias de huelga que no permiten identificar perfectamente a los huelguistas y no huelguistas, reduciendo así el coste económico de los trabajadores en términos de salarios perdidos. Una vez más se

190 Esta situación se agrava en el contexto de la relación laboral, ya que la libertad de empresa no goza de una posición preponderante en el texto constitucional (CARRIZOSA PRIETO, 2004).

utilizan conceptos que desconocen el carácter colectivo de la huelga y que, a partir de la relación contractual individual, pretenden descartar la posibilidad de un derecho colectivo fundamental.

El mismo uso de la figura de "abuso de derecho" se introduce en el propio texto constitucional brasileño (párrafo 2 del artículo 9¹⁹¹) y de manera civilista, según la interpretación del legislador brasileño en la Ley N° 7783/1989, pasa a ser fundamental para una autorización generalizada de las restricciones indiscriminadas del derecho fundamental de huelga, y todo acto realizado en desacuerdo con la ley, sin grandes preocupaciones constitucionales, en una clara distorsión del concepto de "abuso de derecho", se considera ahora abuso del derecho de huelga. Porque cuando la ley habla de "abuso" lo hace precisamente para enfatizar que la huelga constituye un derecho; si hay exceso puede ser reprimido, pero no hace de la huelga un acto ilegal. El concepto de "abuso" es en el sentido de exceso de lo autorizado por la ley cuando se practica de manera moderada y proporcional. El castigo por infringir la ley está previsto en la propia norma legal y no puede ir más allá de ella. Los abusos de la huelga no hacen que la huelga sea "abusiva".

Incluso si no se está de acuerdo con el uso del abuso de derechos por parte del instituto civil, hay que reconocer que el STC ha intentado al menos reconocer en detalle las situaciones en las que, por decisión de los huelguistas, la huelga constituyó un ejercicio abusivo del derecho de huelga. El legislador brasileño adopta una situación muy diferente cuando, al interpretar la expresión "abuso" en el artículo

191 Art. 9º § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

constitucional (art. 9), da cabida a um "marco objetivo" como abusivo de cualquier huelga que no siga estrictamente el modelo legal¹⁹².

Una similitud en el fallo del STC y la reglamentación del derecho de huelga brasileño es la delimitación de los destinatarios de la norma, es decir, qué trabajadores están dentro del ámbito protegido del derecho de huelga. Según la Corte Constitucional, la huelga se hace en defensa de los intereses de las personas que prestan servicios a favor de otros a cambio de un pago. El fallo adopta la idea de que la huelga se caracteriza por el deseo deliberado de los huelguistas de situarse temporalmente fuera del marco de un contrato de trabajo, concediéndose la posibilidad legal de retirarse temporalmente de las obligaciones legales y contractuales de los trabajadores empleados. Los trabajadores autónomos, los trabajadores por cuenta propia o los profesionales autónomos están excluidos de este derecho constitucional, aunque pueden ser considerados en un sentido amplio como trabajadores - no son empleados vinculados por un contrato de trabajo remunerado. La justificación de dicha exclusión es la misma que la que la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), en su artículo 3.1, prohíbe a los trabajadores autónomos organizarse en sindicatos para defender sus intereses individuales, aunque puedan "constituir asociaciones en virtud de una legislación específica" (traducido). Según Tomás Sala Franco e Ignacio Albiol Montesinos (2002, p. 52), esta es la dificultad de encontrar un "interés colectivo sindicalizable", que ciertamente se conecta con un concepto limitado de huelga para la defensa exclusiva de los intereses profesionales. La misma ley, sin embargo, permite a

192 "Art. 1º Parágrafo único. O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei"

Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho".

los trabajadores autónomos unirse a las organizaciones de trabajadores existentes. Por las mismas razones, el derecho de huelga no se considera cuando se trata de trabajadores jubilados o desempleados. Una vez más, los autores mencionados aclaran que se trata de una opción política: se trata de evitar que el interlocutor natural de un sindicato de desempleados o jubilados, el poder político, tenga que ponerse en la incómoda situación de responder a las exigencias de la reforma del empleo o de los ingresos de jubilación (SALA FRANCO: ALBIOL MONTESINOS, 2002, p. 54).

La interpretación del RDLRT 17/1977 es que limita la huelga a los trabajadores autónomos, probablemente debido a la idea original de que la huelga consiste únicamente en el cese del trabajo que puede ser exigido en virtud de un contrato de trabajo.

La razón dada por el STC es que se trata de trabajadores que, por definición, renuncian a la protección jurídica que les autoriza a situarse fuera de los límites del contrato de trabajo y, por lo tanto, son trabajadores que, para llevar a cabo la huelga, "no hay necesidad de que la norma les conceda ningún derecho". No parece claro que esta sea una razón suficiente para excluir a los trabajadores que prestan servicios bajo un contrato de no empleo del derecho de huelga protegido por el art. 28.2 de la Constitución española.

Algo similar ocurre en relación con la decisión del STC sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos. En cuanto a los funcionarios públicos con contrato de trabajo) - así como al personal militar civil - ya están incluidos en el

ámbito protegido del derecho de huelga (RDCRL 17/1977, art. 1º), ya que se rigen por el art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores¹⁹³.

En opinión del STC, en cambio, el concepto de "trabajadores" queda excluido del concepto de "empleados" en sentido estricto.¹⁹⁴ La conclusión del STC es que cualquier huelga en este ámbito no está regulada ni prohibida por el Real Decreto Ley 17/1977, lo que implica la necesidad de regular la huelga de los funcionarios públicos por otra norma legal. En la actualidad, la huelga en la función pública está escasamente regulada por el artículo 15 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) de la Ley 7/2007 de 12 de abril, lo que, en la práctica, lleva a la recurrente aplicación analógica del RDLRL 17/1977. Al contrario de lo que ocurre en otros países, en España no existen limitaciones específicas para los funcionarios.

Los militares están expresamente prohibidos de hacer huelga por el artículo 181 de la Ley 85/1978 y el artículo 6.8 de la LO 2/1986).

La solución brasileña, en este caso, estaba muy cerca de la solución española. Después de casi veinte años de espera para la regulación por norma complementaria del art. 37, VII de la Constitución Brasileña, el STF, el 25/10/2007, finalmente, en una decisión sin precedentes en la que dio mayor eficacia a la institución del “mandado de

193 Art. 1.3 “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresário”.

194 Art. 3.1 “La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas Autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias”.

injunção”¹⁹⁵ entendió que, para los funcionarios públicos en general (incluso los celetistas) se aplica, de forma provisional (hasta que el legislador regule el artículo constitucional) la Ley 7783/89, adaptada a las particularidades del caso. Sin embargo, al hacerlo, el Tribunal Constitucional brasileño no justificó un tratamiento más riguroso de la huelga de los funcionarios públicos¹⁹⁶.

Particularmente relevante es la cuestión de la naturaleza legal del derecho de huelga. El propio Tribunal Constitucional advierte, como importante novedad que aporta el art. 28.2, lo que entiende como la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y de carácter fundamental. Sin embargo, este reconocimiento no está exento de problemas. Para el Tribunal Constitucional, el derecho de huelga se considera un derecho de "uti singuli", aunque tenga que ser ejercido colectivamente a través de un concierto o acuerdo entre los trabajadores¹⁹⁷. El ejercicio colectivo del derecho de huelga se expresa en varias facultades, en este caso, en la convocatoria o establecimiento de reivindicaciones; en la publicidad o proyección exterior; en la negociación y en la decisión de ponerle fin. Las facultades que expresan el ejercicio individual del derecho de huelga, en cambio, consisten en el derecho de trabajo singular a adherirse a una huelga declarada, a no adherirse a ella o, en su caso, a

195 El “mandado de injunção” fue creado por la Constitución de 1988 en un intento de superar la ineficacia crónica de las llamadas “normas constitucionales programáticas”, que se convirtieron en “letra muerta” ante la ausencia de una norma legal que las regule.

196 “Las huelgas en el sector público no son tan diferentes de las huelgas en el sector privado, especialmente cuando se producen en los llamados servicios esenciales, ya que ambas amenazan la continuidad de la prestación del servicio que no se puede posponer a la comunidad, y no se justifica un tratamiento esencialmente diferente en situaciones similares (permiso en una; prohibición o restricción grave en otra)” (FRAGA;VARGAS, 2010, p. 39, traducido).

197 Algo que para VIDA SORIA constituye una estructura jurídica compleja (VIDA SORIA et al, 2004, p. 289).

abandonarla. Así, el derecho de huelga tiene la naturaleza de un derecho individual que debe ser ejercido colectivamente, lo que requiere un análisis diferente en los dos niveles implicados: el individual y el colectivo. A nivel individual, el derecho subjetivo a trabajar para unirse o abandonar la huelga funciona en dos niveles: el de la libertad negativa y el de la libertad positiva. En cuanto al primero, es el derecho a no participar en la huelga, dejando al trabajador, cuando continúe prestando sus servicios, al margen de los efectos negativos que puedan derivarse de la huelga, independientemente de que el trabajador haya participado o no en la decisión de la huelga en la asamblea general. En el plano de la libertad positiva, como miembro individual de una manifestación colectiva, el ejercicio del derecho subjetivo a participar en la decisión colectiva se subsume en la decisión colectiva, desconectado de la posición individual del trabajador. Es decir, el trabajador sólo estará en huelga cuando se incorpore concretamente a la huelga. Dado que la ley protege el derecho de huelga como un interés colectivo y positivo, Antonio Baylos (1981, p. 634) cuestiona la posibilidad de que, en el caso de huelgas convocadas para la negociación colectiva por agentes sindicales con capacidad para firmar acuerdos "erga omnes", no se admita la libertad del individuo para abstenerse de unirse a la huelga.

La posición individualista sin matices fue seguida por Brasil. Casi sin oposición¹⁹⁸, la concepción de la huelga como un derecho colectivo ejercido individualmente - y no como un derecho colectivo - representaba, en Brasil, sólo la continuidad de una visión individualista de la huelga, que subestima, en general, su naturaleza intrínsecamente colectiva.

198 Un punto de vista diferente sobre el tema en FRAGA; VARGAS, 1989.

El Tribunal Constitucional español, en este caso -como también lo hará el legislador brasileño al regular el derecho de huelga- ha dictaminado que el derecho de huelga no prevalece sobre el derecho individual subjetivo del trabajador individual a afiliarse o no a la huelga, algo que se conecta con la libertad sindical en sentido negativo, aunque no integra necesariamente el derecho de huelga como un derecho fundamental (SALA FRANCO, 2002, p. 395).

En una postura crítica, Márcio Tulio Viana (2012) censura la concepción de la huelga como un derecho subjetivo del trabajador como "individualista, liberal y burgués, ya que abstrae las relaciones de poder existentes en la sociedad". Según el autor, "se subestima la decisión de la mayoría, que sólo es unilateral y coautora cuando no contradice el poder del Estado y, por lo tanto, los intereses del capital". Por lo tanto, una huelga no puede ser considerada un "derecho subjetivo del trabajador", sino, por el contrario, un "derecho colectivo de los trabajadores en conjunto" y, por lo tanto, por encima de las opciones individuales después de que se haya tomado la decisión mayoritaria. El individuo puede elegir estar en contra, votar en contra, pero después de que la huelga haya comenzado, debe seguir la decisión de la mayoría. Esto no le impide continuar en contra - e incluso seguir votando en contra cuando se celebra una nueva asamblea. Lo que no puede hacer es no unirse al movimiento de huelga. En resumen, Mario Ackerman (2019) -aunque se posiciona exactamente al contrario: no es un derecho individual que se ejerce colectivamente, sino un derecho colectivo que se ejerce individualmente. Así, otra podría ser la visión de la huelga en la que el derecho colectivo de los huelguistas prevalecería sobre el derecho individual del trabajador en base a una interpretación diferenciada del principio de libertad sindical.

Toda esta compleja cuestión ha pasado por encima de la discusión doctrinal brasileña, que ha aceptado, sin matices, la concepción individualista¹⁹⁹, continuando en la concepción tradicional de la huelga como un derecho individual de ejercicio colectivo, siguiendo la corriente del derecho de huelga ligado al modelo clásico.

Otro punto polémico abordado por la Sentencia 11/1981 es la legitimidad de los sujetos para convocar una huelga, cuestión que plantea la constitucionalidad o no del artículo 3.2 del RDLDT 17/1977, es decir, quién puede convocar y declarar una huelga, así como qué sujetos colectivos con capacidad negociadora pueden obtener un acuerdo y, por tanto, la huelga. O, como menciona SALA FRANCO (2002, p. 396): la existencia o no en el plan constitucional de una titularidad individual en el ejercicio colectivo del derecho de huelga. En el plano de la libertad individual positiva, desde el punto de vista del derecho del trabajador a participar en la convocatoria y administración de la huelga prevista en la Constitución, sería legítimo que los propios trabajadores ejercieran el derecho de huelga, aunque, desde un punto de vista fáctico, sólo pudiera ejercerse en el marco de una representación y dentro de los límites de las decisiones colectivas. Lo que se discute es si esta representación fáctica debería ser idéntica o no a la representación formal a través de las organizaciones sindicales existentes. Existe el problema de delimitar el ámbito de representación posible para el ejercicio de tal derecho individual positivo; en otras palabras, se trata de determinar si la representación de los trabajadores en huelga debe ser únicamente una representación

199 Junto con algunas opiniones disidentes, como la de Délio Maranhão (1980, p. 351) para quien la huelga "no es posible ver en la huelga un derecho individual". Es un derecho colectivo". "La huelga es un derecho colectivo, el reconocimiento de la autodefensa, como medio legal para oponerse a la negociación colectiva. El titular de este derecho es el grupo organizado de trabajadores" (ibidem). La mayoría de los trabajos siguieron la idea clásica de la huelga como un derecho individual de ejercicio colectivo (BIRTH, 2009, p. 1318).

sindical. Concretamente: qué trabajadores son reconocidos como poseedores de representación colectiva. Para Sala Franco (2002, p. 396), la propia Constitución no tiene una respuesta única: no hay una interpretación constitucional necesaria de que los RDLRL reconozcan esa titularidad individual del ejercicio colectivo de la huelga, y el legislador ordinario es libre de asignar la titularidad del ejercicio colectivo del derecho de huelga también a las asambleas ("directamente a los trabajadores") o a las representaciones unitarias. Sin embargo, el STC se posiciona claramente "de manera rotunda y clara"²⁰⁰ interpretando la tesis de la titularidad individual del ejercicio colectivo del derecho de huelga, reconociendo la constitucionalidad de la RDLDT a este respecto. Por lo tanto, la titularidad de la huelga es compartida por los representantes de los trabajadores o directamente por los propios trabajadores. Así, en cuanto a la representación básica, el comité de empresa o los delegados, por mayoría, están legitimados para convocar la asamblea de la huelga (art. 3.2 de la RDLDT 17/1977²⁰¹). En cuanto a la "representación directa", es decir, los representantes elegidos directamente por la asamblea de la huelga, el RDLDT 17/1977 exige un quórum mínimo para convocar dicha asamblea general, así como requiere que el alcance de dicha representación no exceda el centro de trabajo.

Como recuerda BAYLOS GRAU (2007), en el momento de la promulgación del RDLRL 17/1977, todavía no se había producido la legalización de los sindicatos,

200 La expresión más llamativa es la de Sala Franco y Albiol Montesinos, (ibidem, p. 396).

201 3.2- Están facultados para acordar la declaración de huelga: a) Los trabajadores, a través de sus representantes. El acuerdo será adoptado, en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos. De la reunión, a la que habrán de asistir al menos el 75 por 100 de los representantes, se levantará acta, que deberán firmar los asistentes. b) Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto, cuando el 25 por 100 de la plantilla decida se someta a votación dicho acuerdo. La votación habrá de ser secreta y se decidirá por mayoría simple. El resultado de ésta se hará constar en acta”.

que sólo se produciría un mes después, en abril de 1977. Además, según el mismo autor, existía una clara hostilidad hacia los conflictos colectivos y una tendencia a una cierta indulgencia sólo para las huelgas que eran funcionales a un proceso de negociación²⁰². Plantea la intrincada cuestión de una norma basada en gran medida en un modelo empresarial en un entorno que todavía no está claro en cuanto a la titularidad de dichas negociaciones.

Como ya se ha mencionado, la sentencia 11/1981 resuelve la cuestión al optar por la posibilidad de que dichos acuerdos o conciertos también puedan tener lugar incluso al margen de las organizaciones sindicales de trabajadores. La respuesta encontrada por la Sentencia 11/1981 fue que la legitimidad es, al mismo tiempo, de los trabajadores y de las organizaciones sindicales involucradas en el ámbito laboral cubierto por la huelga. Otro tipo de representación, no sindicalizada, también es posible, según la STC, dado el mandato constitucional de la participación de los trabajadores en el ejercicio colectivo del derecho de huelga. Así, también se permite la representación unitaria de los trabajadores y las asambleas sectoriales.

Paralelamente a esta cuestión, existe también el problema de la representación "directa", que surgió en la propia asamblea general, posibilidad que la RDLDT admite, siempre que dicha asamblea alcance un determinado nivel mínimo de asistencia por puesto de trabajo, en los términos establecidos por la ley. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 3.2 RDLDT 19/1977 en ambos aspectos: en el que se exigía, como condición para la legitimidad de la asamblea general, un

202 Citando a Fernando Valdéz Dal-Ré, "no se trata de un modelo de huelga de la derecha, sino de un modelo que contenía un sistema muy restringido de libertad de huelga" (BAYLOS GRAU, 2007).

quórum del 75% de los trabajadores del establecimiento, así como en el que se limitaba el ámbito de representación al centro de trabajo. Tal y como dictaminó el Tribunal Constitucional, el ejercicio del derecho constitucional de huelga no puede limitarse por ley con el pretexto de que no demuestra cierta representatividad, ni puede restringirse a un centro de trabajo. Así, entendió correctamente que la huelga es legítima "por sí misma", ya que cuando la huelga se produce realmente es un hecho social que, independientemente de los formalismos, merece la atención de la ley. Más aún: no tiene sentido exigir algún tipo de apoyo legitimador para convocar una huelga. Este, al igual que el derecho de reunión, no requiere ningún apoyo previo y es legítimo en sí mismo, siendo su ejercicio un derecho al que tanto las minorías como las mayorías sociales deberían tener acceso.

La ampliación del derecho de huelga, siguiendo el mismo razonamiento, tiene consecuencias relevantes, ya que conduce a la legitimación de situaciones en las que el desencadenamiento de una huelga no fue precedido de una discusión y deliberación previa en el seno de los órganos sindicales. En efecto, el reconocimiento de la huelga, tal como lo entiende el Tribunal Constitucional, presupone siempre la existencia de un "acuerdo de huelga" que, incluso tácitamente, representa la base consensual de una acción colectiva reconocible como huelga o, en palabras del Tribunal Constitucional, "la concurrencia de una pluralidad de actos de ejercicio y la participación colectiva necesaria para que el acto sea reconocible como huelga". Esta interpretación de la acción de huelga como una acción colectiva basada en un acuerdo de huelga adopta la idea de un "sujeto colectivo" (GERALDO JR, 2008, p. 270) que se convierte en un sujeto de derecho y, a través de la representación formal, se convierte en un negociador. La génesis de tal legitimidad, por lo tanto, es la existencia de un concierto o acuerdo entre los trabajadores que nace en una asamblea general que desencadena el movimiento de huelga.

Así, en España, la comprensión de que la huelga debe ser "racional" y seguir una hoja de ruta lógica y controlable está detrás de la idea de un "plan de acción"

idealizado, tácito y lógicamente comprensible que se extrae de la asamblea general que decide y ejecuta la huelga. A partir de esta abstracción se formulan los parámetros que nos permitirán fijar los límites concretos que la huelga no puede superar bajo pena de ser declarada abusiva o ilegal. La idea es que haya una decisión previa, organizada con precisión y deliberada en términos democráticos, que resulte en un acuerdo de huelga, representativo de un compromiso de los huelguistas durante la situación real de la huelga. Tal extensión incluso pone bajo el derecho de huelga situaciones identificadas como "huelgas salvajes" (cuando nacen sin dirección sindical, generalmente como una decisión colectiva de un grupo indiferenciado de trabajadores). Sin embargo, esa apertura no lograría "huelgas espontáneas" (cuando las huelgas se producen sin una deliberación colectiva previa, de repente, sin mucho pensamiento o previsión, al calor del inconformismo). Esta informalidad tampoco justificaría las "huelgas sorpresa" (cuando no se produce una notificación previa de sus intenciones o reclamaciones a causa de la huelga).

Así, el concepto de "acuerdo de huelga" está estructurando el concepto de derecho de huelga tal y como lo entiende el Tribunal Constitucional español. Dicho acuerdo de huelga -al igual que las reivindicaciones, la autorización para llevar a cabo la huelga y los parámetros de negociación de la misma- se manifiesta en la asamblea general que convoca la huelga, que se convierte así en el foro legítimo e inapelable en el que se expresa originalmente la voluntad colectiva y en el que se debe buscar -con todas las evidentes dificultades inherentes a tal proceso interpretativo- el contenido real del acuerdo de huelga que dio lugar al "plan de huelga" o "acuerdo de huelga", como fuente y máxima expresión de la auténtica voluntad colectiva de los trabajadores en huelga. Este "plan de huelga" puede añadirse a la decisión individual del trabajador de unirse o no a la huelga, mantener o abandonar el movimiento, decisión que adoptará en cada momento, cumpliendo o no, dentro de su autonomía individual, lo que decidió colectivamente en el "acuerdo de huelga". Desde el punto de vista colectivo, corresponderá a los huelguistas, a través de sus direcciones, disponer de las razones

que justifican la huelga; presentar las reivindicaciones colectivas; convocar a los trabajadores a la huelga; dirigir el movimiento y participar en la negociación colectiva. Para ello, los huelguistas disponen de las herramientas para propagar y difundir el conflicto; el derecho de reunión; una amplia libertad de expresión para informar y expresar los temas conflictivos y las demandas de los trabajadores, los hechos ocurridos durante la huelga, el avance de la negociación colectiva y finalmente, cuando se produce, la solución del conflicto, reclamando la vuelta al trabajo.

Sólo después de dicho acuerdo, -que por el RDLDT 17/1977 debe ser necesariamente un acuerdo expreso²⁰³- se produce la declaración formal de huelga que debe ser remitida al empresario. Sólo así se puede configurar una representación de la entidad colectiva capaz de defender los intereses de los trabajadores; para forzar una negociación; así como para designar representantes que puedan llegar a un compromiso o pacto. Por lo tanto, en caso de huelga en virtud del derecho constitucional de huelga, debe existir un acuerdo expreso que autorice básicamente una representación con capacidad de negociación. Exactamente, por lo tanto, el requisito de formar un comité de huelga no sólo no es inconstitucional, sino que también satisface la necesidad de un instrumento de negociación colectiva que pueda resolver el conflicto, poniendo fin a la huelga. En el caso brasileño, donde existe un monopolio sindical en la negociación colectiva, la transposición de la figura del "comité de huelga" fue mitigada y, por lo tanto, sólo actúa en la "falta del sindicato",

203 2.3 “El acuerdo de la declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresário ou empresários afectados y a la autoridade laboral por los representantes de los trabajadores”.

no quedando muy claro si esta "falta" incluye también los casos de omisión y acción insuficiente de un sindicato existente.

Desde otro punto de vista, la construcción del concepto de "plan de huelga" como paradigma de interpretación de la regularidad de la huelga está también conectada con la idea de una eventual caracterización de un "abuso de la huelga" que ocurriría, precisamente cuando la acción de huelga se aparta de lo que ha sido deliberado, declarado y comunicado como "plan de huelga". De hecho, es posible hacer una lectura histórica en la que todo el problema del reconocimiento de la titularidad de una huelga siempre ha estado vinculado al intento del Estado de canalizar el conflicto en una negociación colectiva que ponga fin a la huelga -y, por lo tanto, la controle-. Así, en las estrategias tradicionalmente adoptadas por la ley para reconocer la titularidad de la huelga siempre ha existido una preocupación no declarada por encontrar interlocutores que sean responsables de dirigir el movimiento y de la negociación colectiva efectiva (en el sentido de poner fin al conflicto y volver así a la normalidad productiva). Tal estrategia siempre ha estado presente en las cuestiones de reconocimiento, unida umbilicalmente a la génesis misma del derecho de huelga, en la superación de la concepción de la huelga como mera libertad. En esta línea se intenta resolver la contradicción de un derecho colectivo que afecta y excede los límites del contrato individual independientemente del ejercicio de la voluntad individual del trabajador, creando una presunta adhesión individual del huelguista a un "plan de huelga" abstracto (que, en la práctica, abarcará todo lo que ocurra concretamente durante el proceso de huelga), marcando dicha adhesión individual por la participación efectiva del trabajador en la huelga. Así, en la medida en que el trabajador se convierte efectivamente en huelguista al adherirse a la huelga determinada por la asamblea, se compromete tácitamente a seguir el "plan de huelga" en los términos y límites que se supone que los trabajadores han decidido de buena fe en la asamblea, asumiendo que, en ausencia de una decisión expresa, tales deliberaciones deben cumplir y respetar las normas legales. Así, se crea una presunta

huelga regular y respetuosa de la ley, que sirve como parámetro crítico para el análisis judicial, donde, de acuerdo con las normas legales y constitucionales aplicables, se valorarán los actos de huelga, declarando abusivas las acciones que difieran del "plan de huelga" considerado. Por otro lado, dicho plan, que se presume dentro del espacio protegido de la huelga, también sirve para indagar como violadores del derecho de huelga las acciones que impiden y dificultan el ejercicio del derecho de huelga, salvo cuando se trata de proteger derechos e intereses constitucionalmente protegidos.

Esta abstracción plantea problemas evidentes a la hora de definir la responsabilidad individual por posibles acciones ilícitas derivadas de la acción colectiva. Además, como señala acertadamente SALA FRANCO (2002, p. 395), desde el punto de vista material y de la materia, surge el problema de la adhesión individual a una huelga no convocada (espontánea) o declarada ilegítima. Se crea la situación de que el destino del trabajador que se une a la huelga seguirá el destino de si la huelga se reconoce como legal o no cuando la existencia de un derecho fundamental a la huelga debería, en principio, limitar los efectos negativos sobre el individuo al participar pacíficamente en una huelga -aunque posteriormente se declare ilegal- debería limitarse al impago de los salarios por los días de huelga.

Esta construcción teórica, bastante compleja, fue seguida en Brasil, conectando perversamente con la figura del "abuso del derecho de huelga", éste ya, en sí mismo, bastante maltratado en su reimplantación en suelo brasileño. El legislador brasileño, sin entrar en la complejidad del tema y olvidando la expresión dicción de la norma constitucional, también optó por entender de manera estrecha el derecho de huelga como un derecho individual, teniendo el huelguista que decidir si se une o no a la huelga a través de su acción/comisión concreta, paralizando o no sus servicios. Entienda que el huelguista individual asume toda la responsabilidad por los efectos de la huelga en su conjunto, ya que al ser abusivo, abre el camino para que el huelguista sea considerado individualmente responsable de las consecuencias de la huelga.

En el mismo diapasón, de exigir a los huelguistas un plan de acción preciso y previamente determinado, se exige la concesión de una advertencia previa, providencia también exigida en la ley de huelgas brasileña. Según la ley española, la declaración de huelga debe ser advertida por los que la convocan para que los empresarios no se sorprendan con la huelga. En el caso de los servicios públicos, en beneficio de los usuarios para evitar el cierre de los servicios. El STC consideró que no viola el contenido esencial del derecho de huelga al imponer un aviso legal.

Otro punto relevante del fallo de la Corte Constitucional es la distinción entre las huelgas "puramente políticas" y las huelgas "mixtas" o "sociopolíticas". Mientras que las primeras, tras las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, están prohibidas, el STC especificó que una protesta contra las políticas sociales llevadas a cabo por el gobierno no es una huelga política. Se reconoce que el interés profesional de los trabajadores en las relaciones laborales y las condiciones de trabajo (pensiones, políticas de salud, etc.) se centra en ellos. Así, por ejemplo, se acepta como legal una huelga sociopolítica, que se dirige contra el Poder Público exigiendo un cambio en el contenido de una determinada política social o económica que se considera contraria a los intereses socioprofesionales de los trabajadores.

La ley de huelgas brasileña ha ignorado esta cuestión, algo que, en cierto modo, se puede ver positivamente, ya que parece haber considerado implícitamente, como en España, una cierta irrelevancia en la legalidad de las motivaciones del movimiento de huelga y los intereses que defiende. Algo que, en cualquier caso, parece claro en el art. 9 de la Constitución brasileña.

2.4 – La regulación del derecho de huelga en Brasil

2.4.1 La huelga en la Constitución

La Constitución de 1988, expresando la voluntad nacional de superar los tiempos de discrecionalidad y la legislación autoritaria que prohibía, en la práctica, el ejercicio de la huelga, adoptó un concepto avanzado de la huelga, dando la definición a los propios trabajadores y estableciendo que les corresponde a ellos determinar qué intereses deben ser defendidos por ella. No existe una definición constitucional de la huelga, pero parece ser una consecuencia lógica que también debería recaer exclusivamente en los trabajadores la mejor manera de defender estos intereses.

En efecto, como señala Héctor Omar García, analizando una circunstancia similar en la Constitución argentina, ante tal omisión, la elevación de un fenómeno social como la huelga a la categoría de "derecho público subjetivo" debería llevar al intérprete a una interpretación teleológica en la que se admitiera toda forma de huelga, tal como se presenta en la realidad histórica y socioeconómica actual, sin poder excluir ningún aspecto de la misma ni ninguna variedad de la huelga a menos que sea manifiestamente incompatible con otras normas constitucionales o con otros derechos igualmente garantizados por normas de jerarquía constitucional. Esta definición deja explícitamente a los trabajadores el uso de la huelga "dentro de su propio territorio", como una forma de ejercicio de auto-tutela, y debe recordarse que tal reconocimiento proviene del pacto de compromiso en la propia Carta Política (JUCA, 1991, p.118-9). Esta es, en efecto, la mejor comprensión de tal alcance, perfectamente coherente con las expectativas de un deseado progreso social. Desde este punto de vista constitucional, la huelga no se limita a los intereses puramente profesionales o incluso a los intereses económicos más generales de los trabajadores, sino que también incluye huelgas políticas y huelgas de solidaridad. Como enseña la SAAD (1993, p. 43), existe

una clara prohibición constitucional de la ley que limita dicho alcance. Este artículo sigue el ejemplo de las Constituciones española y portuguesa²⁰⁴, y define como competencia exclusiva de los trabajadores la definición del alcance de los intereses a defender. No es aplicable aquí ninguna interpretación restrictiva de una huelga confinada, limitada a los intereses económicos y profesionales de los empleados, de modo que sólo se admiten las huelgas cuyas reivindicaciones puedan ser atendidas por el empleador. Por las mismas razones, la idea de prohibir la huelga en los conflictos jurídicos parece fuera de lugar (SAAD, 1993, pág. 47). Este reconocimiento constitucional del derecho de huelga implica la autorización para el ejercicio del autocontrol en función de los intereses exclusivos de los trabajadores, que no puede ser inhibido por una acción adversa de los poderes públicos, a menos que ésta pueda representar una amenaza para la seguridad pública en lo que respecta a los bienes, públicos o privados, y a las personas (SANTOS, 2007, p. 44)²⁰⁵.

La alegación de una supuesta omisión de un concepto claro de huelga en la Constitución abrió un espacio para la mala regulación y permitió interpretaciones restrictivas, basadas en teorías que restringen el derecho fundamental. Así, en la doctrina prevaleció una posición apriorística según la cual el derecho de huelga sólo abarca las conductas conflictivas en cuya estructura se encuentra la paralización colectiva del trabajo, alejándose del concepto legal de huelga varios disturbios

204 La Constitución brasileña repite el art. 57 de la Constitución portuguesa que, de forma más explícita, establece la competencia exclusiva de los trabajadores para definir el alcance de los intereses a defender, prohibiendo que la ley limite dicho alcance.

205 El autor justifica esta restricción por la necesidad de proteger otros valores constitucionales, ya que "la huelga no debe ser vista como una batalla en la que el objetivo puede extenderse incontroladamente a través de la sociedad organizada" (ibíd., pág. 44).

laborales colectivos que no implican completa cesación de la prestación laboral. El modelo fue el de la huelga clásica: interrupción concertada, total y simultánea de la actividad de un grupo de trabajadores, por regla general acompañada de la ausencia del lugar de trabajo, y destinada a obtener una ventaja o a eliminar una desventaja en las condiciones de trabajo.

Sin embargo, la claridad de la norma constitucional parece disipar cualquier duda sobre un supuesto ámbito "laboral" para el ejercicio del derecho de huelga. Por lo tanto, tanto las huelgas de reivindicación, destinadas a mejorar las condiciones de trabajo, como las huelgas de solidaridad, en apoyo de otras categorías o grupos reprimidos, están permitidas, con el fin de lograr las transformaciones económico-sociales que la sociedad requiere, o incluso las huelgas de protesta (MORAES, 2005, p.511). Asimismo, también parece claro que se legitiman otras formas no tradicionales de huelga, ya que el constituyente no favoreció ninguna forma de huelga, aunque sea atípica en relación con las formas tradicionales de huelga, normalmente limitadas a las formas clásicas de cesación de la prestación laboral.

En la búsqueda de un "modelo sociológico" de la huelga -más que de tipo normativo- Roberto Santos (1993) deja claro que una adopción explícita de la suspensión de los contratos de huelga por parte del legislador muestra qué modelo de huelga imaginaba: un modelo basado en el contrato de trabajo. Sin embargo, tal adopción no debe resultar necesariamente en una tipificación normativa que excluya toda la gama de conductas conflictivas de los trabajadores que no reproduzcan plenamente las características de este modelo, ni tampoco importa en una posición definitiva de evaluación por parte del legislador - ya que, de hecho, sólo correspondía a una necesidad metodológica. Así, sería perfectamente plausible entender que, en la construcción disciplinaria del ejercicio de huelga, el legislador podría abstenerse de convertir tal modelo lineal en un tipo legal explícitamente descrito, asumiendo una opción técnicamente defendible a favor de una compatibilidad y plasticidad funcionalmente adecuadas para una mayor eficacia del derecho en el ámbito de los

conflictos colectivos (FERNANDES, 1993, p.53-54). Colocado en estos términos, se puede pensar que, si se produce una abstención colectiva de trabajo -sea cual sea la forma en que se articule o se estructure-, se puede hablar de una "huelga típica" sólo en el sentido de expresar lo más "perfecto" y "usual" de las formas históricamente verificables (la huelga clásica) - y, por lo tanto, elegida por el legislador como referencia básica (FERNANDES, 1993, p. 54).

Derecho reconocido como fundamental en el ordenamiento jurídico brasileño, el derecho de huelga definido constitucionalmente no puede ser restringido o impedido por la legislación infraconstitucional, aunque su regulación sea posible. Así, el concepto de huelga se construye como un momento privilegiado para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores para construir, por sus propias manos, un futuro más digno, y es responsabilidad del Estado proteger y fomentar este momento para que sea adecuado y efectivo para la existencia de la negociación colectiva, que es esencial para la propia democracia y esencial para el Estado Social. Tiene poco sentido, dentro de un marco constitucional en el que la huelga, reconocida como un derecho fundamental, sufre restricciones distintas a las que se basan estrictamente en otros derechos constitucionales, y mucho menos a las que, en el Estado Liberal, se dirigen a otras entidades privadas. En la construcción social de tal "espacio protegido", debe entenderse que las acciones de huelga encuentran una barrera a la regla general de aplicación de las normas que, en otras circunstancias, podría conducir al decreto de ilegalidad y al castigo de los huelguistas.

La parálisis de las normas que restringen la acción de los huelguistas, superando la tradición del marco legal de la huelga como un delito y reconociéndola también como un derecho a ser ejercido en el ámbito privilegiado de la autotutela, no resulta de ninguna sobrevaloración legal del instituto de la huelga, sino más bien de la consecuencia estricta de su fundamento constitucional. Así pues, al construir la protección de un derecho fundamental de huelga, la preocupación central del

legislador, en contraposición a las limitaciones cogitantes, debería ser protegerlo eficazmente basándose en la doctrina de la Protección Deficiente²⁰⁶.

Se trata de propuestas que pretendían marcar un nuevo modelo de consulta social brasileña y que, por esta misma razón, fueron elevadas por el constituyente brasileño -como lo hicieron muchos países europeos en su momento- al nivel constitucional, pero que no encontraron una regulación legal acorde con las intenciones y los compromisos solemnes que marcaron el pacto social constituyente de 1988.

Poco después de la promulgación de la Constitución de 1988 se produjo un intenso debate sobre la necesidad de regular el artículo 9, tarea que se puso en primer plano y con la misma urgencia que la apremiante tarea de derogar toda la legislación antigriega del período autoritario. Se intensificó la crítica a un supuesto "derecho de huelga ilimitado" que sería la consecuencia de la teoría hasta ahora imperante, de la plena efectividad de los derechos fundamentales (SARLET, 2012) - por la cual no sólo sería inconstitucional tener una norma jurídica anterior o posterior que restringiera esencialmente el derecho de huelga, sino que también reconocería la aplicabilidad inmediata a los derechos fundamentales²⁰⁷. Estas críticas, fuera de contexto con el debate sobre la fundamentalidad de los derechos sociales, alarmaron a la propuesta de una "huelga mitológica" o de un "derecho absoluto a la huelga" (SAAD, 1993, p. 45).

206 A respecto, ver fl. 83.

207 La lectura del párrafo 1 del artículo 5 de la Constitución parece garantizar esta posibilidad para los derechos fundamentales, entre ellos los derechos sociales previstos en el Título II (De los derechos y garantías fundamentales).

Art. 5º, parágrafo 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

En un clima emocional y poco fiable (MERCANTE, 2013), se creó una verdadera conmoción social por una supuesta urgencia de "contener una oleada inevitable de huelgas" a través de una regulación más centrada en la contención del derecho de huelga que en la efectividad de un derecho fundamental, incluso con la natural cautela que, en el contexto de una sociedad democrática, justifica su restricción para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los demás o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública y las buenas costumbres²⁰⁸. Así, el 27 de abril de 1989 se publicó la Medida Provisional N° 50, reeditada el 26 de mayo del mismo año, con el N° 59²⁰⁹. Finalmente, en 1989, un año después de la promulgación de la Constitución, bajo una intensa presión mediática, se reglamentó el derecho de huelga mediante la conversión de la Medida Provisional n. 59 en la nueva Ley n. 7783/89, considerada como una consagración desafortunada del error de una Constitución que habría legitimado "huelgas salvajes a expensas de la comunidad inerte" por otra parte de la doctrina nacional (REALE, 2004); como "incompatible con el texto constitucional en puntos fundamentales" por otra (RIBEIRO DA SILVA, 1989, p. 16).

Así, tenemos una cierta tradición de eclecticismo muy típica de la ley brasileña, una ley de huelga que, con el pretexto de complacer a la mayoría, termina omitiéndose en las cuestiones esenciales, al final desagradando a todo el mundo.

2.4.2 – La ley de huelga brasileña

208 Tal como se establece en la Carta Social Europea, artículo 6 n. 4.

209 Esta norma provisional preveía, entre otras cosas, la posibilidad de declarar la "ilegalidad de la huelga" y la "requisita civil" para sustituir a los huelguistas.

Un contexto histórico:

La Ley 7783/89 aparece en un contexto peculiar de la historia brasileña, cuando después de veintiún años de dictadura militar y tres años de un gobierno de transición elegido por un colegio electoral - y no directamente por el voto popular, algo que no es raro en la tradición presidencial brasileña²¹⁰ - se promulgó la Constitución democrática de 1988, después de un proceso inédito de participación popular e intenso debate público, bajo grandes expectativas y esperanzas de que Brasil, ya al final del siglo XX - con mucho retraso -, siguiendo los pasos de los países más desarrollados, procediera a un proceso de democratización y modernización del país.

Ocho meses después de la promulgación de la Constitución, se aprobó la nueva ley de huelga, que pretendía avanzar y equilibrar precisamente en un tema de tanto valor simbólico en aquel momento, el del conflicto laboral colectivo. Además, la ley pretendía regular uno de los artículos más célebres de la Constitución, el art. 9, relativo al derecho de huelga, con una clara inspiración en la entonces vigente Constitución portuguesa en su Revisión de 1982 (Ley Constitucional nº 1/82, de 30 de septiembre)²¹¹. La ley brasileña fue promulgada pocos meses después de que la misma Constitución portuguesa fuera significativamente modificada en su 2ª revisión de 1989 (Ley Constitucional nº 1/89, 8 de julio). Aunque el artículo específico sobre el

210 Desde el inicio de la República (1889), Brasil ha tenido 24 presidentes elegidos por el pueblo y 17 elegidos indirectamente. Sólo doce presidentes elegidos por votación popular han completado su mandato. Por eso, aún hoy se repite la conocida expresión de Tasso de Castro, de que "la democracia en Brasil es un intervalo comercial" (A VIDA).

211 Constitución Portuguesa, art. "Artigo 58. (Direito à greve e proibição do lock-out): 1. É garantido o direito à greve. 2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito. 3. É proibido o lock-out".

derecho de huelga, originalmente previsto en la Constitución de 1976, no fue modificado sustancialmente²¹², la segunda revisión constitucional portuguesa se caracterizó por "una mayor apertura al sistema económico" (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2018), lo que sin duda también influyó en el legislador brasileño de 1989 al regular el derecho de huelga. En un esfuerzo por alejarse de la tradición represiva de las huelgas, la nueva ley también se vio influenciada por la doctrina extranjera, especialmente española²¹³, portuguesa y argentina.²¹⁴

Eran tiempos de grandes cambios mundiales (caída del Muro de Berlín, unificación de Alemania, caída de la URSS) y Brasil, entre atónico y perplejo por los drásticos cambios que se producían dentro y fuera del país, buscaba ansiosamente algún modelo que pareciera sólido para construir un nuevo país, recién salido de tantos años de autoritarismo militar y lleno de esperanza en una nueva Constitución. La regulación de las huelgas parecía un desafío particularmente importante, precisamente por la gran relevancia del tema y también porque sacaba a la luz una cuestión particularmente sensible para una nación marcada por una tradición de dura represión de las huelgas que parecía resistir incluso a la redemocratización del país²¹⁵.

Otra influencia que no puede ser subestimada son las normas internacionales. Siguiendo una tradición difícil de explicar, en el derecho colectivo brasileño la doctrina de la OIT siempre ha sido subestimada en la doctrina y la jurisprudencia

212 Sólo fue reenumerado a 57.

213 En particular la Sentencia 11/1982, de 29 de marzo, del Tribunal Constitucional español.

214 Hay que mencionar el pensamiento de RUPRECHT.

215 El 9/9/1989, sólo cinco días después de la promulgación de la Constitución democrática, el ejército invadió la Compañía Nacional de Siderurgia, en Volta Redonda, reprimiendo la huelga de los metalúrgicos, matando a tres trabajadores (SANTIAGO, 1998).

brasileñas²¹⁶, aunque, indirectamente, muchas de las disposiciones de la nueva ley tienen ciertamente como fuente principal las normas internacionales y, en particular, las decisiones de la Comisión de Libertad Sindical de la OIT.

En medio de tantas influencias y en vísperas de la primera elección para Presidente de la República desde la traumática elección de Janio Quadros (veintinueve años antes), la ley de huelga, promulgada en junio de 1989, quizás no podía ser más que el texto mal establecido e híbrido que acabó aprobándose.

Un paradigma equivocado:

Hay que hacer una primera aclaración: a pesar de la expectativa de innovación creada por la recién promulgada Constitución, ésta se construyó sobre la base del texto de la desafortunada²¹⁷ Medida Provisional 59/1989²¹⁸, que se transformó en un proyecto de ley de conversión. Aunque derogó expresamente la legislación anterior, la nueva ley presentó un "compendio de restricciones" que limitó indebidamente el

216 Tal vez una de las razones sea la no ratificación por parte de Brasil del Convenio n° 87 de la OIT, sin duda la norma internacional más emblemática y más estructurante. Cabe recordar que Brasil es uno de los miembros fundadores de la OIT en 1919.

217 Por no haber sido aprobada por el Congreso Nacional, que la convirtió en la Ley n. 7783/89, además de ser objeto de intensas críticas por parte de la mayor parte de la doctrina nacional precisamente por ser contraria a la norma constitucional.

218 ANEXO II.

artículo 9 de la Constitución (BABOIN, 2013) y, por lo tanto, en sentido estricto, no contribuyó mucho al avance del derecho de huelga.

De hecho, en la mejor interpretación constitucional, no se permite que la ley establezca restricciones a un derecho fundamental²¹⁹. Especialmente en relación con un derecho tan relevante como el derecho fundamental de huelga, no se debe hablar ni siquiera de regulación jurídica, sino de creación de una ley de protección y garantía²²⁰.

La nueva ley (7783/89), que pretende regular el derecho constitucional, comienza, en su artículo primero - de manera tautológica - repitiendo el texto constitucional en su totalidad y luego - de manera contradictoria - diciendo en el siguiente párrafo único, que el derecho constitucional será ejercido "en la forma establecida por la ley". A partir de entonces, la negación de la fundamentalidad de la ley es negada por varias disposiciones que contradicen fuertemente el contenido de la misma norma constitucional, trayendo al ámbito interno de la propia ley antinomias de difícil solución, algo que, con el tiempo, no ha sido resuelto satisfactoriamente por la jurisprudencia. Así, la primera contradicción está contenida en el artículo 2 de la Ley de Huelgas, que pretende establecer una definición delimitativa de la huelga cuando ésta no está contenida en la norma constitucional, ni puede derivarse razonablemente de ella. En esa definición jurídica, la huelga es la suspensión colectiva, temporal y pacífica de la totalidad o parte de la prestación personal de servicios a un empleador (artículo 2 de la Ley de Huelgas).

219 Por esta razón, para Sérvulo da Cunha (1996), el párrafo único del artículo 1, los artículos 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13, 14, son flagrantemente inconstitucionales, todos ellos reclaman, siguiendo el menú, disponer sobre el ejercicio del derecho de huelga.

220 "Se dice que la mejor regulación del derecho de huelga es la que no existe. La ley que se crea no debe ir en la dirección de su limitación, sino de su protección y garantía" (SILVA, 2012, p. 307).

No se justifica la inclusión de los adjetivos "temporal" y "pacífico", ni queda claro por qué se utiliza la expresión "prestación personal de servicios a un empleador" cuando, a la luz de los artículos 9 y 114 de la Constitución, es posible una definición mucho más amplia que se refiere a las actividades de los trabajadores en relación con sus empleadores o tomadores de servicios. De la misma manera, entendida la amplitud del derecho constitucional de huelga tal como fue previsto por el legislador constituyente, se puede pensar en la huelga como cualquier forma de perturbación en la prestación de servicios, realizada de manera colectiva, con el fin de ejercer presión, con miras a la defensa o conquista de los intereses colectivos.

Un derecho de huelga negado por la práctica

Aunque se puede deducir claramente que la titularidad del ejercicio de la huelga es de los trabajadores, en la práctica sólo se reconoce la titularidad de la entidad sindical -y excepcionalmente por la comisión negociadora elegida por la asamblea- en la hipótesis -algo nebulosa- de la "falta de entidad sindical".

En virtud de la norma constitucional, el derecho de huelga es uno de los derechos sociales garantizados a todos los trabajadores urbanos y rurales (art. 7, caput), pero en el sistema jurídico brasileño, es el sindicato de la categoría el que es objeto activo de la huelga.

En el marco de la teoría clásica, la legitimidad se define por la existencia de una "concertación entre los trabajadores implicados, que revela una intencionalidad colectiva" (FERNANDES, 1993, p. 55). Esta intencionalidad puede expresarse típicamente en el marco de los sindicatos o también en "reuniones de trabajadores" (como se expresa en la legislación española). En principio, la mejor interpretación es que el derecho de huelga es colectivo, y por lo tanto también puede ser desencadenado por un grupo amorfo de trabajadores, de toda una categoría, de algunas empresas o secciones de alguna empresa, porque lo que importa es la "presencia del elemento de

grupo y que la deliberación nazca de un concierto y combinación de la voluntad de los grupos" (GUIMARÃES, 1995, p. 108). Esto es lo que se puede extraer de la redacción del art. 9 de la Constitución, atribuyendo la competencia para decidir sobre la huelga a los trabajadores - y no al sindicato²²¹. Como enseña Süsskind (1993, p.108), la huelga puede incluso ser desencadenada por un grupo amorfo de trabajadores, de toda una categoría, de algunas empresas o secciones de alguna empresa. Lo importante es la presencia del elemento de grupo y que la deliberación nazca de un concierto y de la combinación de voluntades de los grupos.

Sin embargo, en la legislación brasileña, tal vez como resultado de la persistencia de la unidad sindical, la definición y el desarrollo de la huelga - e incluso la elección de la comisión negociadora - debe ser decidida en una asamblea de trabajadores interesados (sindicalizado o no-sindicalizados) sólo en el caso de inexistencia de un sindicato (art. 4º § 2º de la Ley n. 7783/89). En este sentido, hay que reconocer que la posibilidad de una representación directa de los trabajadores de base en la conducción de la huelga es bastante limitada, así como cualquier posibilidad de que la titularidad de la huelga no esté exclusivamente a cargo del sindicato se vuelve casi quimérica.

La Ley 7783/79, en su artículo 4, atribuye a las entidades sindicales la facultad de convocar una asamblea general para definir las reivindicaciones y deliberar sobre la paralización colectiva de la prestación de servicios. Se puede interpretar que la ley, por

221 Al otorgar al sindicato el mando y la deliberación sobre la huelga, la ley, en tesis, incurriría en inconstitucionalidad. También sería inconstitucional condicionar la huelga a la frustración de la negociación o a la imposibilidad de arbitraje, así como el requisito de notificación al empleador en un plazo de 48 a 72 horas, en caso de actividades esenciales (JUCÁ, 1991, pág. 121).

lo tanto, mantiene la normatividad del período autoritario, que reservaba a los sindicatos la titularidad exclusiva de la huelga.

Esta controversia está directamente relacionada con la delicada cuestión de la legitimidad para negociar colectivamente. Normalmente, sólo el sindicato está legitimado, no extendiendo a los comités de huelga elegidos por la asamblea un poder efectivo de negociación colectiva.

La existencia de un comité de negociación elegido por la asamblea general no significa necesariamente que tenga poderes de negociación (y, en caso afirmativo, ¿cuáles son sus límites?), quedando claro que, según la ley brasileña, esta comisión no puede firmar un convenio colectivo; b) sólo en caso de "falta del sindicato" (como, por ejemplo, si la junta directiva del sindicato se niega a remitir las deliberaciones de la asamblea general que inició la huelga), la comisión de huelga actúa en sustitución del sindicato y continúa las negociaciones a través de la comisión de negociación, como si hubiera sido destituida por la asamblea general.

En Brasil, no hay duda de la representatividad del sindicato para fines de negociación colectiva, especialmente en vista del reconocimiento central del papel del sindicato en virtud del artículo 8, cláusulas III y VI de la Constitución²²². Por lo tanto, es evidente que el legislador ordinario no puede excluir a las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral donde se produce la huelga. Por lo tanto, en principio, el derecho de huelga se atribuye al sindicato, que tiene facultades exclusivas

222 Art. 8º “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

de negociación colectiva, y corresponde al sindicato convocar la asamblea general para el desencadenamiento de la huelga, que, expresamente, debe ser adoptada por la asamblea general del sindicato, convocada en los términos previstos en los estatutos del sindicato (art. 4 de la Ley N° 7783/79).

En cuanto a la representación directa de los trabajadores, la ley de huelga brasileña abre una laguna normativa, admitiendo la existencia de una "comisión negociadora" elegida por la asamblea general, con poderes para llevar a cabo la huelga, pero sin poderes reales de negociación colectiva, salvo la hipótesis muy remota de una "negativa a negociar" efectiva por parte del sindicato²²³. A pesar de que tal posibilidad sólo se da "en ausencia de la entidad sindical"²²⁴, se entiende que la hipótesis es que la comisión también se legitima por decisión de la asamblea de la huelga que entiende que las negociaciones se hacen en sustitución o como complemento de la representación sindical. Esto es lo que se deduce del artículo 5 de la ley cuando dice que los intereses de los trabajadores en las negociaciones o en la

223 Art. 617 – “Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acôrdio Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica”.

§ 1º “Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assumam a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final”.

§ 2º “Para o fim de deliberar sobre o Acôrdio, a entidade sindical convocará assembléia geral dos diretamente interessados, sindicalizados ou não, nos termos do art. 612”.

224 Art. 4º “Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços (...) § 2º *Na falta de entidade sindical*, a assembléia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no "caput", constituindo comissão de negociação”. (*grifado*).

Justicia del Trabajo estarán representados por la "entidad sindical o comisión especialmente elegida"²²⁵. Así, la comisión dirige la huelga, presenta las demandas, mantiene los equipos de mantenimiento de los servicios esenciales y participa en las negociaciones; pero no concluye un acuerdo de fin de huelga.²²⁶ Esta situación crea claras perturbaciones en los casos en que la asamblea general adopta una posición diferente a la de la dirección del sindicato. Por otro lado, como la norma constitucional otorga a los sindicatos participación obligatoria en las negociaciones sindicales (lo que, en el caso brasileño de unidad sindical, implica participación exclusiva), la ley busca sortear el eventual problema de la inexistencia de un sindicato, disponiendo que la asamblea (que, en ese caso, sería convocada espontáneamente por los huelguistas...) pueda crear una "comisión negociadora" que represente a los trabajadores en las negociaciones y también ante los Tribunales del Trabajo (art. 5). Esta comisión se encargará también del mantenimiento en actividad de los equipos de empleados con el fin de asegurar los servicios cuya paralización provoque daños irreparables, el deterioro irreversible de los bienes, máquinas y equipos, así como el mantenimiento de los indispensables para la reanudación de las actividades de la empresa cuando cese el movimiento" (art. 9).

225 Art. 5º “A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho”.

226 Art. 9º “Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento”.

La huelga deja de ser "ilegal"

Una de las principales innovaciones de la nueva ley es la introducción en el sistema jurídico laboral de la figura del "abuso del derecho de huelga". Hay que decir que, al menos como discurso legítimo, la adopción de una figura tan típica del derecho civil se hizo como una alternativa más avanzada a la anterior normatividad del período dictatorial, hasta el punto de que ya no se preveía la posibilidad de declarar la "ilegalidad de la huelga". De hecho, al ser la huelga un derecho colectivo integral y plenamente reconocido, ya no puede calificarse como contrario a la ley, siendo así ontológicamente insusceptible de ser considerado ilegal (TUPINAMBÁ NETO, 1991, p. 125). Así, esta fue una de las innovaciones más bienvenidas de la nueva ley, ya que se pensó en la extirpación de los marcos calificativos de huelga de los recurrentes como "ilegales", lo que, de manera muy poco técnica, normalmente descartaba de la protección normativa todas y cada una de las huelgas que no cumplieran con algún requisito previsto en la ley anterior.

Ya antes de la Constitución de 1988, José Fernando Ehlers de Moura censuró la ilegalidad de la huelga como un "veredicto" y un objeto de disposición judicial sin precedentes, con el evidente propósito de intimidar a los huelguistas y poner fin al movimiento:

"El examen de la legalidad del comportamiento siempre media la conclusión del juicio. Es el vector que guía la sanción, el comando contenido en el veredicto. Es inconcebible como fin, como el alcance de la frase. Sería sólo una proclamación, un exorcismo, un anatema, un grito en el aire, un flatus voci. Nunca un juicio. Nunca una frase" (EHLERS DE MOURA, 1986, p. 13).

También completamente de la crítica de JUCÁ (1991, p. 125) de que es ontológicamente insostenible que un derecho colectivo sea ilegal y esté plenamente reconocido por el sistema legal. El propio Supremo Tribunal Federal ha reconocido,

en más de una ocasión, que la participación pacífica en la huelga constituye un ejercicio regular de la ley (STF, 2º T. Rextrs. 51.301; 52.123 y 53.698), aunque se considere inválida, y no constituye un acto ilícito de cualquier naturaleza, ni siquiera meramente laboral (STF, Precedentes 316).

Así, en un intento de superar la visión proscriptiva de las huelgas contenida en el decreto de ilegalidad, la nueva ley ya no habla de "ilegalidad", sino que prevé la caracterización del abuso del derecho de huelga (art. 9 § 2). El cambio es muchas veces subestimado e interpretado como meramente semántico, cuando lo que cabría esperar, después de tanta violencia cometida por el legislador en tiempos pasados, es que el reconocimiento constitucional del derecho de huelga sea tomado en alta consideración restringiendo fuertemente el espacio para que el legislador conceptualice la huelga y el respectivo derecho, la califique o defina sus contornos (SÉRVULO DA CUNHA, 1996).²²⁷

La huelga "abusiva" sustituye a la "huelga ilegal".

En el momento de la promulgación de la ley, el concepto de abuso de derecho tenía equivalencia en el art. 160, I del Código Civil Brasileño²²⁸, según el cual los actos realizados en el ejercicio regular de un derecho reconocido no serían ilícitos. En el abuso de derecho, definido en su momento de forma subjetiva, el titular ejerce el derecho sin faltar objetivamente al respeto a la disposición respectiva, pero

227 "Frente a la Ley Magna, no hay huelga ilegal o abusiva" (ibíd.)

228 Art. 160 – “Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

contradiciendo conscientemente su finalidad. La caracterización de la figura del abuso de la huelga, en su momento, no tenía precisamente por objeto enumerar las hipótesis en las que la huelga era ilegal, sino más bien proclamar que la huelga no se presentaba como antijurídica: en circunstancias normales, el ejercicio regular de ese derecho, reconocido como fundamental, sólo podía restringirse cuando estuviera en conflicto con otros derechos igualmente fundamentales. Incluso podría decirse que, al entender que la huelga puede ser abusiva, se pretende con razón caracterizarla como un derecho que, en caso de abuso, puede exigir una corrección por parte de la ley, pero que no constituiría un acto ilegal. Bien entendida la intención del legislador, ésta no se concreta en una regulación del derecho de huelga que, efectivamente, corresponda a un desarrollo normativo de ese derecho previsto constitucionalmente. En la práctica, la ley incorpora como abusivos los mismos supuestos que la anterior normatividad entendida como ilegal, lo que implica una práctica negación del derecho de huelga. Los conceptos de la llamada "ley antihuelga" (Ley 4330/64), ahora aceptados en la nueva ley, han sobrevivido, dando los mismos efectos para los mismos supuestos que la ley preveía para las huelgas, calificándolas ya no como ilegales, sino como abusivas.

Así, en lo que respecta a las huelgas de solidaridad, se entiende sistemáticamente que son ilegales antes de que la ley de huelgas se convierta en "abusiva" con prácticamente los mismos argumentos:

" GREVE DE SOLIDARIEDADE. PENA DE SUSPENSÃO APLICADA A EMPREGADO QUE ADERIU A MOVIMENTO PAREDISTA CONSIDERADO ILEGAL. O direito de greve, assegurado pelo art. 9º da Constituição Federal de 1988, deve ser respeitado, desde que regularmente exercido, nos termos da Lei nº 7.783/89, cujo art. 2º dispõe que "considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador". Revela-se, portanto, abusivo o exercício de tal direito quando não cumpridas as exigências formais e materiais estabelecidas na Lei nº 7.783/79. Na hipótese dos autos, ainda que se cuide de "greve de solidariedade", que se insere em outra empreendida por outros trabalhadores, tal ação somente se justifica quando legal a greve inicial que apoiam. No presente caso, o acórdão regional revela que não restou comprovado que a greve foi precedida de deliberação em assembleia e comunicação ao empregador, consoante a Lei nº 7.783/89. Diante de tal constatação, não se pode considerar legítima a conduta do autor de faltar injustificadamente ao trabalho para participar de greve ilegal e abusiva em serviço

La inclusión explícita del concepto de abuso de derechos en la legislación no se produjo hasta 2002, con la introducción en el Código Civil del actual artículo 187 del Código Civil. Se produce cuando el titular del derecho, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su finalidad económica, social, de buena fe o de buenas costumbres. Así, dentro de la teoría objetiva aceptada por el Código Civil de 2002, el abuso de los derechos consiste en "el ejercicio inmoderado, indebido, irregular o anormal de cualquier derecho, que resulte en la superación de los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, la finalidad social o económica del mismo o en la generación de daños injustos o irrazonables" (GOMES, 1990, p. 393).

Para tal "actualización" del concepto de abuso de derecho, una huelga abusiva sería el ejercicio irregular del derecho de huelga, una forma de abuso del derecho que es coherente con el acto jurídico con un propósito lícito, pero que al ser su ejercicio en desacuerdo con la ley pertinente, produciría resultados ilícitos. Según este punto de vista, "el mero ejercicio irregular del derecho de huelga configuraría el abuso del mismo derecho, independientemente de la intención de perjudicar a otros, lo que conduciría a una ilicitud de tal magnitud que, para algunos autores, justificaría el despido por causa justa de todos los huelguistas" (SAAD, 1993, pág. 57). Las consecuencias de tal "decreto de abuso" son las mismas que las del antiguo "decreto de ilegalidad", es decir, la desfiguración de la huelga como un derecho y su tratamiento como un acto ilegal. Así, con base en la Orientación Jurisprudencial n. 10 de la Seção de Dissídios Coletivos de TST, "es incompatible con la declaración de abusividad del movimiento huelguístico el establecimiento de cualquier ventaja o garantía a sus participantes, que han asumido los riesgos inherentes al uso del instrumento de máxima presión".

Dentro de la teoría subjetivista, el abuso de los derechos se caracteriza cuando el ejercicio de un derecho implica la imposición de un daño indebido a otro, lo que

implica, sobre todo, afirmar la existencia de ese derecho cuando se ejerce de manera regular, sin que haya lugar a una declaración de ilegalidad. Este giro normativo debe entenderse en el contexto en el que el legislador ordinario, en cumplimiento del nuevo orden constitucional, se aparta del concepto de "ilegalidad de la huelga" que, dentro de la tradición antirrevisora que caracterizó el período anterior a la Constitución democrática de 1988, afrontaba la huelga como una excepción dentro del estado de derecho, una exclusión de una ilegalidad intrínseca. Aún así, aún hoy, la "ilegalidad de la huelga" sigue siendo decretada en los tribunales, pero ahora bajo el disfraz de "abuso de la huelga", con las mismas consecuencias para los huelguistas y los sindicatos.

Como ejemplo de este enfoque que se limita a actualizar el antiguo concepto de "ilegalidad", la decisión que sigue:

“DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE E DE NATUREZA ECONÔMICA AJUIZADO PELO SINDICATO PROFISSIONAL. TRABALHADORES PORTUÁRIOS. CONFERENTES DE CARGA E DESCARGA. ANÁLISE PELO TRT SOMENTE DA QUESTÃO DA GREVE. NÃO ABUSIVIDADE. A greve deve ser considerada abusiva, em razão da não observância, pelo Sindicato profissional, do requisito relativo à comunicação prévia, ao empregador, acerca da deflagração da greve, com a antecedência mínima de 48 horas, conforme exigido no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 7.783/1989. Recurso ordinário conhecido e provido” (RO-1000421-98.2017.5.02.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 19/11/2019).

La principal innovación, por lo tanto, ya no era atribuir ilegalidade a las huelgas que no seguían el carácter legal, sino calificarlas como "abusivas", quedando inalterado el parámetro de la responsabilidad por supuestos excesos en el ejercicio del derecho de huelga.

Mantenimiento de la intervención de la Justicia Laboral en las huelgas

En el análisis de la ley de huelga brasileña, no se puede ignorar la particular importancia que la Constitución de 1988 otorga a la autodeterminación colectiva,

reconociendo como un derecho a ser asegurado a cada trabajador urbano y rural²²⁹. Con base en Mazzoni, Francisco Meton de Lima (2013, p. 76) deduce entre las consecuencias de dicho reconocimiento que el ejercicio de la huelga no implica el incumplimiento por parte del empleado del contrato de trabajo individual²³⁰. De hecho, parece bastante lógico asegurar que todo trabajador tenga el derecho fundamental de beneficiarse de un convenio colectivo a través del pleno ejercicio del derecho de huelga - en este caso, suspendiendo el contrato de trabajo y paralizando cualquier represalia por parte del empleador.

Dado que la ley brasileña sólo atribuye a las entidades sindicales el poder de la negociación colectiva, se desconoce el "fin de los convenios de huelga" presente en la legislación de otros países. En compensación, en Brasil, existe el poder normativo de la Justicia del Trabajo, que permite que, a través de la disidencia de la huelga, los reclamos de los huelguistas sean apreciados por el Poder Judicial, poniendo fin a la huelga de manera obligatoria²³¹.

Así, un considerable poder de intervención recae en los Tribunales de Trabajo - en la práctica, en segunda instancia, en los Tribunales de Trabajo, en general a través de la Sección Especializada en Dissídios Colectivos -. Por delegación expresa del

229 Art. 7º, XXVI–reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

230 Los otros desarrollos serían la representación por parte del sindicato de toda la categoría (y no sólo de los miembros), la autonomía para la negociación colectiva, las normas obligatorias producidas en las negociaciones colectivas, la sustitución procesal de la categoría por el sindicato y la obligación del empleado y del empleador de añadir al contrato individual los logros colectivos - sustitución automática de las cláusulas contractuales y libertad para crear y terminar sindicatos, sin interferencia del gobierno.

231 "La orden de poner fin a la huelga y el arbitraje obligatorio son poderes excepcionales de una discreción exorbitante y de una intervención gubernamental excesiva", lo que no responde a las directrices elaboradas por la OIT (BAYLOS GRAU, 1981, p. 665).

artículo 114 de la Constitución, los tribunales laborales tienen conocimiento de la huelga como resultado de la provocación de las partes o de la Fiscalía del Trabajo; median en la negociación, regulan los procedimientos de la huelga (incluida la imposición de multas en caso de incumplimiento de sus decisiones) y, en caso de que no se llegue a un acuerdo, juzgan la validez de las reivindicaciones y deciden sobre el pago de los días en los que no ocurrió la prestación laboral.²³²

Esta "solución judicial" de un conflicto colectivo, que es una de las características más singulares del derecho colectivo brasileño, forma parte de la historia del derecho brasileño que siempre ha negado el derecho de huelga y, siguiendo una sólida tradición empresarial, siempre ha sido anterior a la existencia de un poder normativo reconocido por los Tribunales del Trabajo como la compensación de los trabajadores.

A pesar de la discusión sobre la consistencia doctrinal en cuanto a un poder normativo jurisdiccional para resolver conflictos colectivos, no debe haber dudas de que la eliminación de la posibilidad de que la Justicia Laboral "decrete" el fin de la huelga, tal como se apeló a lo largo del período dictatorial, sería una de las innovaciones más importantes que trajo la Constitución de 1988. Sin embargo, esta expectativa de la doctrina fue gradualmente contradicha por la jurisprudencia de la TST - hasta que fue definitivamente encerrada en ocasión del "paro de petroleros" en 1995, consolidando el entendimiento de que, con base en el art. 14²³³, le correspondía

232 Art. 8º “A Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão”.

233 Transcripción del artículo: nota p.312.

al Poder Judicial, no sólo juzgar el mérito del conflicto, sino también decretar y exigir el fin del paro, con la imposición de multas a los sindicatos.

El Comité de Libertad Sindical (OIT, 1995), considerando el caso de 1839 (petroleros), concluyó posteriormente condenando al gobierno brasileño, recomendando, entre otras medidas, "que se adopten medidas para modificar la legislación de modo que la presentación de conflictos colectivos de intereses a las autoridades judiciales sólo sea posible de común acuerdo entre las partes o en el caso de servicios esenciales en el sentido estricto de los términos (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)".

La reiterada impugnación de la huelga intempestiva

Aunque en el modelo clásico del derecho de huelga, la idea de una huelga subordinada a la negociación colectiva es la razón de peso para la prohibición de las huelgas no precedidas de negociación (la huelga como "última ratio"), en el Brasil, a través de la interpretación de la ley de huelgas se ha llegado a cierto paroxismo en tal exigencia, hasta el punto de admitir una valoración jurisprudencial de una "negociación suficiente" como condición para declarar la legalidad de la huelga.

Así pues, la huelga sólo podía iniciarse después de que se frustrara la negociación colectiva o se verificara la imposibilidad de recurrir al arbitraje (art. 3).

Se argumentaría que la intención original de tal disposición es evitar que la huelga se inicie innecesariamente, ya que habría otros medios menos drásticos para

lograr las reivindicaciones²³⁴. En primer lugar, hay que considerar que, desde un punto de vista teórico, no corresponde a nadie, excepto a los propios huelguistas, deliberar cuáles son los medios más apropiados para el éxito del movimiento reivindicativo. Aunque es razonable suponer que existe un interés público en evitar las huelgas por las molestias que causan a la población en general, no es justificable, dada la amplitud del derecho de huelga garantizado por la Constitución, confiar a los poderes públicos la tarea de establecer criterios para calificar las huelgas de abusivas con el pretexto de que no son necesarias. Como bien dice Arnaldo Süssekind (1993, p. 37), la huelga tiene su propio espacio en el curso de la negociación colectiva ya iniciada, "cuando los trabajadores concluyen que "los empleadores, o sus sindicatos, no quieren proporcionar información relevante o se niegan a conceder lo que pueden". Por lo tanto, está fuera de las manos del tribunal si el momento del estallido de la huelga se produce o no en un momento supuestamente apropiado según la evolución de las negociaciones, porque tal decisión recae exclusivamente en los trabajadores, en la clara dicción del art. 9, caput de la Constitución. Por otro lado, la huelga no puede ser vista como una suspensión de las negociaciones, sino, por el contrario, es precisamente cuando las negociaciones se intensifican, aumentando las posibilidades de una solución consensuada del conflicto.

La caracterización del movimiento Paralista como inoportuno e innecesario es una de las hipótesis más frecuentes de abuso de la huelga:

234 Orientación Jurisprudencial n. 11 de la Seção de Dissídios Coletivos do TST: "'IMPRESINDIBILIDADE DE TENTATIVA DIRETA E PACÍFICA DA SOLUÇÃO DO CONFLITO. ETAPA NEGOCIAL PRÉVIA. É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto."

Ocorre que não se pode constatar, pelos documentos acostados aos autos, a total inviabilidade de diálogo, sequer a resistência da Empresa em equacionar as questões apresentadas, concluindo-se, sim, conforme assentou o Regional, que a greve iniciada, de forma repentina, depois da reunião entre as partes, no dia 4/11/2014, mostrou-se totalmente inoportuna, ocorrendo em pleno processo de negociação. De um lado, porque a deflagração do movimento se condicionava à ausência de manifestação da empresa - o que, conforme visto, não ocorreu. De outro, porque ficou acertado, na referida reunião, que a empresa apresentaria nova proposta em relação ao PLR 2014, no prazo médio de uma semana, e que, nesse interregno, o sindicato convocaria os trabalhadores para assembleia, para informá-los acerca do combinado. Embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, o princípio da boa-fé encontra fundamento em outros princípios constitucionais fundamentais e deve nortear, em qualquer negócio jurídico, a conduta das partes. Portanto, não se pode conceber o comportamento contraditório em que uma delas demonstra aceitar determinada condição, para, em momento posterior, comprovar, com suas atitudes, a negação ao aceite anteriormente demonstrado (SDC- 1001629-25.2014.5.02.0000 Rel. Dora Maria da Costa, julg. 16/11/2015).

Siguiendo de manera bien conocida en la apreciación de las huelgas, de culpar a los sindicatos por las huelgas, la nueva ley sólo parece haber actualizado una visión un tanto moralista y visiblemente prejuiciosa del conflicto²³⁵. Así, se toma la ley como una guía interpretativa para el juez, en la que se presentan parámetros de abuso que discriminarían las huelgas "autorizadas" (porque siguen un modelo exhaustivo en el que la huelga sólo se produce tras sucesivos intentos de composición) de las intempestivas e injustas, que no merecerían tal autorización. Aquí surge el claro subjetivismo en el que se somete al juez, urgido por las evidentes dificultades para estimar seriamente las consecuencias probabilísticas de los hechos no ocurridos, es

235 Este sesgo queda claro cuando el TST considera la huelga como un "instrumento de presión extrema", cuya activación sólo se justifica después de un intento de autocomposición (TST Pleno RODC 180.752/95, 23/10/1995)

decir, cómo habría dejado de tener lugar una negociación productiva -o incluso una huelga lícita (oportuna y leal)- a causa del comportamiento abusivo del sindicato.

Aunque en desacuerdo frontal con el texto constitucional, el desencadenamiento "inoportuno" de la huelga se caracterizaría según la comprensión subjetiva del juez del comportamiento más o menos intransigente del sindicato y, por lo tanto, violando el principio de "negociación de buena fe"²³⁶.

Un "deber de paz" perentorio

La prohibición de la acción de huelga durante la vigencia de un convenio o acuerdo colectivo (excepto para hacer cumplir su cláusula o condición, es decir, motivada por la ocurrencia de un nuevo evento o imprevisto) también es controvertida. De acuerdo con el texto legal, una huelga durante la vigencia de un convenio colectivo (art. 14 de la Ley 7783/89, II) también constituiría una forma abusiva de ejercicio del derecho de huelga.

Para GODINHO DELGADO (2002, p. 142), la atenuación del derecho constitucional de huelga se justifica a partir del reconocimiento de los principios de lealtad y transparencia en la negociación colectiva, por los cuales la existencia de un "período de tregua" algún tiempo después de la firma de un convenio colectivo, dentro del cual las huelgas no se justificarían sin la ocurrencia de cambios sustanciales e inesperados en la situación de hecho que autorizan la activación de la cláusula

236 Aquí la importante "innovación jurisprudencial brasileña" en relación con el modelo clásico: la ilegalidad no sería en la naturaleza de una violación por el sindicato de un deber de paz, sino una violación objetiva de la buena fe contractual.

implícita "rebus sic stantibus". Para el autor, el desencadenamiento de la huelga en este período configuraría un abuso del derecho de huelga.

Sin embargo, la idea de que el sindicato pueda renunciar "ad futurum" al ejercicio de un derecho fundamental mediante una cláusula contractual que, incluso desde el punto de vista del derecho civil, configuraría una cláusula leonina - y, por tanto, nula. No se trata, por tanto, de un ablandamiento de un derecho, sino de una inaceptable renuncia al mismo, comprometiendo al sindicato a dejar de cumplir su misión social, dejando de luchar en el futuro por cualquier derecho, aunque naturalmente no pueda anticipar el futuro, ni prever cuáles serían los intereses de los trabajadores cuando ese futuro llegue.

La propia idea de la posibilidad de un "período de tregua" es tributaria de una visión del conflicto colectivo como "ruptura del orden" o "excepcionalidad" que, en todo caso, exige soluciones urgentes dirigidas a superar las contradicciones y favorecer un acuerdo que, lo antes posible, logre el retorno a la normalidad y a la paz social. Así, el Tribunal Superior del Trabajo se ha posicionado a través de su Seção de Dissídios Coletivos do TST (TST: ROIG 261.056/96, 17/2/1997; RODC 222.115/95, 15/11/1996). De hecho, una concepción moderna y más acorde con la realidad debería entender el conflicto como algo inherente a la relación colectiva, por lo que no tiene mucho sentido establecer un "término de paz social", en el que se impida a los trabajadores luchar por sus intereses.

Hay que destacar que, en Brasil, la cuestión, como no podía ser de otra manera, tiene fuertes marcas locales, que hacen que la idea de un "período de tregua" sea mucho más aceptada por los trabajadores que en otros países. Teniendo en cuenta los

índices inflacionarios históricos brasileños²³⁷, existe una fuerte tradición de negociación colectiva anual en la que los trabajadores y los empresarios deciden la recomposición de los salarios mediante reajustes basados en los índices inflacionarios de los anteriores doce meses y la distribución entre los socios de las ganancias de productividad del período. La tradición de la negociación colectiva anual (en la llamada fecha base) es un remanente del período político autoritario en el que los trabajadores estaban condicionados, por las rígidas leyes salariales, a resignarse a esperar doce meses para reclamar la recomposición de los salarios mientras que los empresarios siempre fueron capaces de trasladar la inflación a los precios.

Pero la explicación histórica de cómo se consolidó en Brasil el intento corporativo de sustituir el derecho de huelga por la acción paternalista del Estado no debería pretender convertirse en una justificación para la supervivencia de institutos jurídicos obsoletos más allá de su propio tiempo. La tutela judicial de la huelga ya no está consagrada en los tiempos actuales, frente a un derecho fundamental de huelga garantizado constitucionalmente.

En primer lugar, la expresión "previsto" en la ley hace transparente la idea errónea del legislador ordinario de que la huelga es una facultad²³⁸ que depende de la autorización del Estado -y no un derecho fundamental²³⁹. Por otro lado, la norma adopta criterios bastante cuestionables para "autorizar" la huelga, en caso de que la

237 En marzo de 1990, por ejemplo, la inflación brasileña alcanzó el 84% mensual!

238 Art. 3º: "Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho"

239 Surge la duda: dicha "autorización" sería factible desde el punto de vista constitucional, ya que implicaría remitir la decisión de hacer una huelga a un tercero, en directa afrenta al mandato constitucional (art. 9) que compromete dicha decisión exclusivamente a los trabajadores.

negociación se haya frustrado, creando serias dudas sobre cuándo se produciría dicha frustración. El legislador parece no ser consciente de que la negociación colectiva no tiene necesariamente que producir un consenso, y mucho menos que dicho consenso se exprese a través de un acuerdo. Aunque no se obtenga un resultado tangible de la negociación, no se puede decir que la negociación haya sido inútil, y mucho menos que se haya frustrado. La palabra "frustrado" parece indicar que se han socavado indebidamente las expectativas de negociación de cualquiera de las partes, lo que en la práctica implicaría que la huelga sólo se justificaría si se demostrara por procedimiento el desinterés o la deslealtad del empresario en la negociación. El punto decisivo, por supuesto, es cuestionar si, al tratar la huelga como un recurso excepcional y condicionado por la incuestionable explicación de la posible intransigencia del empleador, se puede hablar efectivamente de un derecho de huelga.

De la misma manera, condicionando la huelga a la "imposibilidad" de arbitraje. En la medida en que los árbitros dependen de la elección de las partes, el uso de la expresión "imposibilidad" parece inapropiado para describir un derecho potestativo. Independientemente de que las partes tengan o no el derecho de optar por el arbitraje; de determinar el momento en el que se lleva a cabo el arbitraje, y de elegir los árbitros que consideren convenientes de acuerdo con su única discreción, ¿se podría hablar correctamente de "imposibilidad" de un procedimiento de arbitraje más allá del derecho de cualquiera de las partes a no optar por él? En una lectura radical de la norma, el término "imposibilidad" podría referirse sólo a hipótesis cerebrales -como que ningún árbitro aceptaría la asignación-, lo que llevaría al extremo de interpretar la norma como, en realidad, una determinación de que, en condiciones normales, los sindicatos, en caso de frustración de la negociación directa, deberían elegir árbitros -y, sólo en la (muy remota) imposibilidad de esto, estarían "autorizados" a llevar a cabo una huelga.

En una lectura superficial, la Constitución brasileña aparentemente acepta una perspectiva tan restrictiva, cuando en los párrafos 1 y 2 de su artículo 114 establece que

Art. 114 – (...)

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Este poder normativo pretende instituir una "orden necesaria" que debe ser obedecida en todas y cada una de las negociaciones colectivas, en la que las partes deben seguir un ritual invariable por el cual: las partes intentarían una negociación directa²⁴⁰; sólo entonces, si una de ellas se niega a negociar, se debería intentar el arbitraje; finalmente, si todo esto falla, las partes estarían autorizadas (¡de común acuerdo!) poner una queja que sería apreciada por la Justicia Laboral. Tal interpretación tergiversada sobre el significado real de la disposición constitucional, que sólo pretende evitar la Justicia Laboral, se desencadena sin que las partes agoten todas las posibilidades de negociación directa, mediación y arbitraje. No parece haber ninguna razón plausible para entender que el tortuoso "iter" previsto en la disposición constitucional para la presentación de la disidencia colectiva en la Justicia Laboral también debe seguirse en caso de huelga.

En este sentido, sigue una tendencia conocida de parte de la doctrina nacional, que siempre ha predicado la "desjudicialización" de los conflictos colectivos y el fin

240 Hay cierta confusión sobre la "negociación directa", como si la huelga fuera la ruptura de la negociación. En realidad, durante la huelga, la negociación no se detiene; continúa y es inherente a todo el proceso de huelga.

del Poder Normativo de la Justicia Laboral. No menciona nada sobre el estallido de una huelga, que no necesariamente tiene que seguir los tiempos y los itinerarios previstos en la norma constitucional de negociación colectiva. La huelga es la expresión de un conflicto -y no el conflicto en sí mismo- y, si puede utilizarse idealmente para dirigir la solución de este conflicto, no está subordinada a él, porque tiene su propia dinámica y dimensión.

Sin embargo, la norma constitucional no se refiere a la huelga, sino que sólo establece una hoja de ruta idealizada antes del establecimiento de la negociación colectiva. Así pues, sólo mediante una extensión errónea de dicha hoja de ruta a la negociación colectiva en caso de huelga, la ley crea un requisito no previsto en la Constitución para el ejercicio de la huelga.

La "cláusula de rebus sic stantibus" en un cambio hermenéutico

La ley prevé excepciones a la interpretación de que el caput del art. 3 de la ley prohíbe la huelga en la vigencia del convenio o la convención colectiva, o incluso una sentencia de los Tribunales de Trabajo. Se permite una excepción para forzar el cumplimiento de sus cláusulas o para solicitar la revisión de una condición que se ha vuelto injusta debido al acontecimiento nuevo o imprevisto sobrevenido (párrafo único del art. 14²⁴¹). Por ello, la Ley de Huelgas establece que "en la vigencia de un acuerdo,

241 Art. 14 Parágrafo único. "Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou

convenio o sentencia normativa" (generalmente un año), la huelga no constituye un abuso del ejercicio del derecho de huelga cuando su objetivo es "exigir el cumplimiento de una cláusula o condición" o "está motivada por la sobrevenida de un hecho nuevo o imprevisto que modifique sustancialmente la relación laboral (art. 14 de la Ley n. 7783/79), incorporando así una cláusula "rebus sic stantibus" al contrato de trabajo.

Se trata de una operación hermenéutica peculiar, ya que se adopta la teoría de la previsibilidad de los contratos a la realidad social. Así pues, se considera que la "paz como condición normal" y la aparición de la reivindicación de un trabajador como "factor desestabilizador" son, debidamente justificados como necesarios y urgentes por los reclamantes como condición de su propia apreciación. La mera ocurrencia de acontecimientos económicos y sociales se considera hoy en día como un potencial de "imprevisibilidad" que justificaría, en el límite de la demostración de la imprevisibilidad contractual, la renovación del pacto que, en circunstancias normales, se arbitró como de duración preferentemente anual.

Así pues, la idea de las "negociaciones anuales" -y, por tanto, de las "huelgas anuales", que generalmente se desencadenan en períodos anteriores a la "fecha de base", es decir, la fecha de expiración del convenio colectivo, cobró fuerza. También contribuye a la "anualización" de las huelgas -y, ciertamente, a una cierta "ritualización" de los movimientos huelguísticos- el hecho de que la legislación

condição; II - seja motivada pela superveniência de fatos novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho”.

brasileña (excepto por un período muy corto de tiempo²⁴²) nunca ha aceptado la llamada "ultraactividad" de las normas colectivas, es decir, la prolongación por un cierto tiempo (o por un tiempo indefinido) de la validez de los convenios colectivos en los casos de pérdida de validez a lo largo del tiempo. La situación se agravó aún más después de la Enmienda Constitucional 45/2004, que, modificando el artículo 114 de la Constitución, pasó a exigir que los empleados y los empleadores firmen, de común acuerdo, solicitudes de consideración por el Poder Judicial del Trabajo de controversias de interés económico. Aunque la enmienda puede ser adecuada a la interpretación de la Comisión de Expertos en Libertad Sindical de la OIT y favorecer aparentemente a los trabajadores, en la práctica ha impedido la entrada de miles de sindicatos más débiles -que no tienen la fuerza para hacer huelga, ni logran abrir negociaciones con los empleadores- más débiles al Poder Normativo- y, por lo tanto, a la propia negociación colectiva. Como resultado, sin dejar ninguna otra opción práctica para los trabajadores, en estos casos la huelga a menudo se produce como un intento de llevar a los empleadores a la mesa de negociaciones y/o obtener la mediación y el arbitraje de la Justicia Laboral en el conflicto. Por lo general, se trata de golpes pequeños, de corta duración y a menudo casi simbólicos.

Disposición legal bastante crítica que condiciona a un criterio subjetivo del juez si nuevos hechos o imprevistos modifican sustancialmente la relación laboral. De la misma manera, también se puede criticar la idea de adoptar un criterio supuestamente

242 Entre 1992 y 1995, mientras estuvo vigente el artículo 1, inciso 1 de la Ley 8.542, derogado por la Medida Provisoria 1.709 convertida en la Ley 10.192/01: "§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho."

objetivo vinculado a un cierto nivel de corrosión inflacionaria de los salarios ("gatillo"), que justificaría la huelga, incluso dentro del llamado "período de tregua". Como ya se ha dicho, son los trabajadores los únicos que deciden qué intereses defender y la oportunidad de ejercer la huelga para defenderlos, como se explica en el texto constitucional.

Requisitos para una huelga no abusiva

La peculiar forma en que la ley de huelgas fue acogida por la jurisprudencia nacional, en una operación sistemática de "olvido constitucional", llevó a los sindicatos al inusual desafío de promover "huelgas no abusivas", siguiendo una hoja de ruta idealizada que, de ser seguida al pie de la letra, evitaría los escollos abusivos que amenazan su curso regular.

Es posible declarar el abuso por diversas razones, todas ellas basadas en artículos de ley²⁴³. En una sistematización de las posibilidades de abuso de la huelga Leandro Dorneles (2008, p. 41-7), indica las hipótesis en las que este abuso puede ocurrir con base en la propia Ley 7783/79, que serían: I) por incumplimiento de una formalidad esencial; II) por la oportunidad de la huelga²⁴⁴; III) en cuanto al objeto de la postulación; y IV) por los actos cometidos en el curso de la huelga.

243 Así, se puede citar como ejemplo el artículo 6 § 1 (adopción de medios que violan o interpretan los derechos y garantías fundamentales de los demás); el artículo 6 § 3 (manifestaciones o actos que impiden el acceso al trabajo o causan amenazas o daños a la propiedad o a las personas); el artículo 9 (no mantenimiento en actividad de los equipos de mantenimiento de bienes, maquinaria y equipos del empleador).

244 La oportunidad de una huelga ya ha sido discutida (fl.303).

Las formalidades esenciales que, de no cumplirse, podrían constituir un abuso del derecho de huelga serían, en la forma de la ley: a) la deliberación de la asamblea (art. 4); b) la falta de aviso previo (art. 3, párrafo único y 13) y c) la ausencia de intento de negociación (art. 3)²⁴⁵. También como supervivencia de la normativa predemocrática, la ley repite los requisitos formales como requisito para la huelga, como la disposición de una asamblea general para que la huelga sea convocada por el sindicato en forma de sus estatutos (art. 4º ²⁴⁶). Todo esto está muy en desacuerdo con el texto constitucional, que claramente da a los sindicatos la oportunidad de decidir por sí solos sobre la conveniencia y la conveniencia de iniciar una huelga. Cláudio Armando Cource de Menezes (2015), al señalar varias inconstitucionalidades de la Ley n. 7783/89, afirma que tantas exigencias dificultan enormemente el ejercicio del derecho de huelga, haciéndolo inviable aunque pueda ocurrir en casos urgentes - como la huelga ambiental destinada a proteger la salud del trabajador y a preservar un ambiente de trabajo saludable y equilibrado²⁴⁷.

245 Art. 3o “Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”.

246 Art. 4º “Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços”.

§ 1º “O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quórum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve”.

§ 2º “Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no “caput”, constituindo comissão de negociação”.

247 Según el autor, en estos casos "cuando por razones considerables no es posible (o desaconsejable) observar las formalidades establecidas en la ley, la huelga puede ser desencadenada inmediatamente, sin ser imputada como abusiva o "ilegal", descartando también la posibilidad de imponer multas y órdenes para forzar un retorno inmediato (...) En cualquier caso, el mero incumplimiento de los requisitos formales que restringen un Derecho Fundamental, no puede hacer imposible su ejercicio (MENEZES, 2015).

Comparando los requisitos de la ley de huelga brasileña con los requisitos que la OIT considera admisibles²⁴⁸, Raimundo Simão de Melo (2016) señala que dichos requisitos son compatibles con la norma internacional²⁴⁹.

Así sería la formalidad esencial prevista en la ley de convocatoria y/o asamblea general de la categoría, con establecimiento de un quórum mínimo de deliberación, tanto en la deflagración como en el cese de la huelga, de acuerdo con las formalidades previstas en el estatuto de la entidad sindical. Es curioso, por lo menos, el requisito de que los sindicatos cuenten con una disposición legal de este tipo, algo que parece ir en contra del principio de autonomía y autodeterminación de las entidades sindicales.

Además, sólo los propios trabajadores pueden evaluar el momento adecuado para la huelga con el fin de servir mejor a sus propios intereses. Por lo tanto, está fuera de discusión si el momento del estallido de la huelga se produce o no en un momento supuestamente apropiado según la evolución de las negociaciones, porque tal decisión recae exclusivamente en los trabajadores, en la clara dicción del art. 9, caput de la Constitución.

En la medida en que la Constitución (art. 8, IV) prevé la participación obligatoria de los sindicatos en la negociación colectiva y la unidad sindical (art. 8, I), esa legitimación exclusiva puede interpretarse sobre la base de algo que, en teoría, abre la posibilidad de que los sindicatos sean indebidamente considerados objetivamente responsables de los efectos de la huelga, es decir, que una huelga sin

248 Bien entendidas aquí, las recomendaciones de la OIT son cautelosamente una "norma mínima de derecho internacional" como se ha comentado anteriormente.

249 Estos serían requisitos fuera de la previsión de la OIT: agotamiento de la negociación colectiva sobre el conflicto establecido; comportamiento pacífico; no continuidad de la parálisis después de la solución del conflicto por convenio colectivo de trabajo, convenio colectivo o sentencia normativa (MELO, 2016).

sindicato no es una huelga (MOTTA: SANTOS, 2014). La clara adhesión de la doctrina a la tesis opuesta, de que el derecho de huelga es un "derecho de los propios trabajadores, de todos y cada uno"²⁵⁰, no pesó en esta cuestión. Una posible interpretación es que, desde la Constitución de 1988, la titularidad de la huelga, que solía ser responsabilidad de los sindicatos, ha sido conferida a los trabajadores, de forma colectiva, asignándose a la "asamblea general de la categoría" (según la ley de huelgas) el lugar de la decisión sobre la deliberación. Sin embargo, en un contexto diferente al de Brasil, el de la pluralidad sindical, la reserva a las asociaciones sindicales del derecho a decidir o declarar una huelga sería impensable²⁵¹. En Brasil, teniendo en cuenta que la singularidad y la contribución sindical obligatoria son importantes en una sindicalización obligatoria, junto con una necesaria participación del sindicato en la negociación colectiva (art. 9º IV de la Constitución), se ha reivindicado la idea de que es posible saber que los sindicatos no están directamente involucrados en la huelga. Incluso los autores, como GODINHO DELGADO (2002, p. 137), que interpretan que la ley no atribuyó a los sindicatos la titularidad de la huelga, reconocen que existe una "clara inducción" para que el sindicato, como titular obligatorio en la negociación colectiva, termine casi siempre como titular del movimiento de huelga.

Sin embargo, técnicamente no se puede dejar de señalar, más allá del error técnico-dogmático, un grave estrechamiento político de la huelga a los entes

250 Aquí se debe hacer la mitigación necesaria de que la huelga es un fenómeno ontológicamente colectivo, no existiendo una huelga de un solo trabajador, lo que se considera una simple protesta individual.

251 Como advierten Gomes Canotilho y Vital Moreira (1998, p. 328), esto implicaría la negación del derecho de huelga de los no sindicalizados.

sindicales, dejando al margen de la legalidad las denominadas huelgas "espontáneas", que se producen a pesar de - e incluso contra - los entes sindicales. Cada vez más presentes en el contexto político nacional, estas huelgas (también conocidas como huelgas "salvajes") son una realidad presente que no debe ser descuidada por el legislador.

Ya se ha mencionado el requisito del agotamiento de la negociación colectiva, y se debe hacer referencia al aviso previo previsto en el párrafo único del artículo 3 de la Ley de Huelgas²⁵². Corresponde a la entidad sindical comunicar a los empresarios la fecha de inicio de la huelga, con un plazo mínimo de 48 horas en las actividades privadas y de 72 horas en los servicios y actividades esenciales (artículo 3, párrafo único y 13 de la Ley 7783/1989²⁵³), en cuyo caso también se informará a la población afectada por la huelga.

Aunque es plausible que en las actividades en las que la población se vea perjudicada por la ocurrencia de la huelga, la comunicación se haga a través de los medios de comunicación, no ocurre lo mismo en relación con el empleador. Parece un contrasentido que la huelga -que se lleva a cabo precisamente como un factor de perturbación de las actividades normales para ejercer presión sobre el empleador- tiene que garantizar que el empleador tenga tiempo para reorganizar sus operaciones precisamente para que la perturbación no se produzca o se mitigue significativamente.

252 Art. 3º Parágrafo único. “A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação”.

253 Art. 13 “Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação”.

En cuanto a la abusividad respecto al "objeto de la pretensión", se trata de un conocido veto a la "huelga política", pero en este caso encuentra poco apoyo en el texto de la ley. No hay ninguna prohibición en la definición de huelga que figura en el artículo 2 de la Ley de Huelgas, ni se puede inferir que las referencias a las "reivindicaciones de categoría" (artículo 4) o al "empleador" o la "empresa" signifiquen una canalización sistemática e indispensable del derecho de huelga a la relación contractual.

Finalmente, en cuanto a la abusividad de los "actos cometidos en el curso de la huelga" se analizará en el siguiente punto.

El sindicato como objetivamente y plenamente responsable de los hechos ocurridos en el curso de la huelga.

La Ley 7783/89, de manera innecesaria y tautológica²⁵⁴, establece en su artículo 15²⁵⁵ que las normas previstas en ella no excluyen otras (de carácter penal, civil o laboral) que impliquen responsabilidad por actos cometidos en el curso de la huelga.

254 También tautológico - pero simbólicamente relevante - el contenido del art. 6, § 1 En ningún caso los medios adoptados por los empleados y empleadores podrán violar o limitar los derechos y garantías fundamentales de los demás.

255 Art. 15 “A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.

Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito”.

Así, por ejemplo, un posible delito cometido por un huelguista se determinará de conformidad con el derecho penal, lo que implica que la ley de huelgas no prevé tipos penales específicos.

Sin embargo, siempre ha parecido claro que una parte importante de la doctrina se ocupa de interpretar la ley con dureza (de una manera que la propia ley no lo hace²⁵⁶), haciendo que los sindicatos sean plenamente responsables de todos los acontecimientos que ocurran en el curso de la huelga²⁵⁷. No sólo eso, sino también identificar perfectamente a los poseedores, personalizando a los responsables de la ocurrencia de la huelga y de su conducción. La preocupación llega hasta el punto de intentar legitimar como "actos de huelga" todos los tratos y gestos durante la huelga, incluso los encabezados por las comisiones de huelga, con el pretexto de evitar las "huelgas sin orden"²⁵⁸.

La ley no exime a las personas que han cometido actos contrarios a la ley de ser identificadas y consideradas responsables (art. 15), sino en la forma de la ley general, aplicable a todos sin excepción.

La ley de huelga (art. 15) habla de la responsabilidad laboral, civil o penal, según el caso, por los actos ilícitos o los delitos cometidos en el curso de la huelga.

256 Según el eminente civilista Silvio Rodrigues (1993, p.281), el sindicato es responsable solidario de los daños causados por los miembros de la categoría profesional".

257 Bajo la alegación de que los huelguistas actúan como "funcionarios del sindicato", el sindicato se convierte en "responsable por el estallido de la huelga y por el liderazgo del movimiento", ya que ejerce "poder de dirección y vigilancia sobre los huelguistas, incluyendo la planificación e implementación de estrategias, buscando una mayor efectividad para el movimiento, siendo responsable en solidaridad por los actos practicados por aquellos que ejecutan la huelga" (MACHADO, 2015, p.13).

258 Encabezadas por "comisiones de huelga" que no están claramente identificadas (y a las que no se puede culpar fácilmente), algo que acompañó dramáticamente a la "huelga de los camioneros" (2018) y la caracterizó como una "huelga de nadie" (VALOR ECONOMICO, 2018).

Cualquier interpretación que ignore la literalidad de la disposición -que prevé la responsabilidad sólo por actos ilícitos (civiles, penales o laborales)- debe ser excluida y, por supuesto, no prevé ninguna responsabilidad por actos lícitos. De lo contrario, se podría imaginar, en una interpretación teratológica, que el propio ejercicio del derecho de huelga (acto lícito) podría ser objeto de responsabilidad. La norma no pretende aquí declarar que las demás normas jurídicas se aplican también a los actos cometidos durante la huelga (lo cual sería una obviedad), sino decir que los actos cometidos durante la huelga pueden ser objeto de responsabilidad punitiva, lo cual sólo ocurrirá si dichos actos son ilícitos.

En el caso de un procedimiento sancionador²⁵⁹, deberá existir un proceso separado de la huelga, dentro de su propia jurisdicción, y el Ministerio Público será responsable de ello (art. 15, párrafo único). Se procura separar las consecuencias punibles de los actos que se producen durante la huelga de las implicaciones no deseadas que podrían afectar negativamente al derecho fundamental a la huelga, ya que

"El reconocimiento del derecho de huelga debería tener la consecuencia inevitable de que, para su ejercicio, no podría dar lugar a la imposición de una sanción penal; tampoco podría constituir un delito civil que implicara responsabilidad contractual o extracontractual" (LÓPEZ, 1972, pág. 5).

259 Las dificultades para definir quién es realmente el sujeto activo no son pequeñas. Sería posible responsabilizar al sindicato cuando éste se niega expresamente a negociar un acuerdo para el mantenimiento de los servicios, pero los propios huelguistas son responsables cuando, escalonadamente, no prestan los servicios respectivos.

Lo mismo puede decirse cuando los actos individuales punibles durante la huelga no deben tener consecuencias a nivel del derecho individual del huelguista. Como hermenéuticamente se recomienda, en los casos de legislación punitiva, las normas deben interpretarse dentro del principio de (libertad/seguridad jurídica), es decir, no se puede entender que el artículo 15 de la Ley n. 7783/89 esté creando un nuevo tipo penal, sino exactamente lo contrario, excluyendo la hipótesis de que la mera participación en la huelga - incluso abusiva - no configura ningún ilícito - y, por lo tanto, no puede ser objeto de castigo.

Debe repetirse, según corresponda, que cualquier responsabilidad del huelguista por un acto ilícito cometido durante la huelga debe hacerse sobre la base de la legislación específica (laboral, civil o penal), en función de los tipos jurídicos existentes. Como hermenéuticamente se recomienda, en los casos de legislación punitiva, las normas deben interpretarse dentro del principio de (libertad/seguridad jurídica), es decir, no puede entenderse que el mencionado artículo 15 de la Ley 7783/89 esté creando un nuevo tipo penal, sino exactamente lo contrario, excluyendo la hipótesis de que la mera participación en la huelga -aunque luego sea declarada abusiva- no configure ningún ilícito - y, por tanto, no pueda ser objeto de sanción. Por otra parte, en tal operación hermenéutica, hay que considerar que lo ilícito se produce dentro de una situación jurídica muy concreta (durante el ejercicio de un derecho fundamental en un ámbito especialmente protegido por la ley - la huelga - en la que el ordenamiento jurídico regula de forma excepcional, autorizando el ejercicio de la autotutela - lo que implica en sí mismo una relativización de muchos conceptos y normas previstas en la legislación en general.

Una definición muy amplia de los servicios esenciales

El mantenimiento de los servicios que representan la satisfacción de las "necesidades inevitables de la comunidad", de acuerdo con la ley, es la responsabilidad última del Poder Público²⁶⁰.

En un intento de ampliar con propósitos aparentemente exhaustivos la anterior lista de servicios esenciales previstos en el Decreto-Ley 1.632/78²⁶¹, la ley de huelgas, en su artículo 10, prevé servicios o actividades esenciales tan dispares²⁶² como la "asistencia médica y hospitalaria" (punto II) y la "compensación bancaria" (punto XI), algo que dista mucho de lo que recomienda la OIT²⁶³.

La idea de crear una "mesa móvil" de servicios y actividades esenciales que pueda actualizarse con el tiempo ha demostrado ser poco funcional. En los treinta años siguientes, esta lista de servicios esenciales sólo se modificó efectivamente una vez²⁶⁴.

En todo caso, la lectura del epígrafe del artículo 10 debe hacerse conjuntamente con la del artículo 11²⁶⁵, de lo que se desprende que sólo las "necesidades no atendidas

260 Art. 12. "No caso de inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis

261 Decreto-lei n. 1.632 de 4 de agosto de 1978 – Art. 1º - São de interesse da segurança nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República.

262 La lista incluye también muchas otras actividades y servicios, como "tratamiento y suministro de agua; producción y distribución de electricidad, gas y combustibles", "transporte público", "recogida y tratamiento de aguas residuales y basura", "servicios funerarios", "telecomunicaciones"; "procesamiento de datos relacionados con los servicios esenciales", "control del tráfico aéreo", "vigilancia, utilización y control de sustancias radiactivas, equipo y materiales nucleares".

263 Sobre la posición de la OIT al respecto, véase p.215.

264 En este caso, recientemente por la Ley 13.846 de 19/11/2019, que incluye actividades de peritaje médico para discapacitados (XIII) y otros servicios de peritaje médico para el Perito Médico Federal (XIV).

265 Art. 10 "São considerados serviços ou atividades essenciais:

de la comunidad" (las que no las satisfacen ponen en peligro inminente la supervivencia, la salud y la seguridad de la población) que figuran en la lista de servicios o actividades esenciales están sujetas a una consideración especial por parte del legislador. En ellas, los sindicatos y los empresarios están obligados, de común acuerdo, a garantizar la continuidad de la prestación de servicios. Es importante destacar que se trata de una responsabilidad conjunta de empleados y empleadores, y la ley no dice nada sobre las consecuencias de tal incumplimiento. No se menciona el abuso del movimiento de huelga, incluso porque el concepto de "abuso de derechos" (basado en una relación contractual) no se aplicaría aquí, cuando se trata de salvaguardar los derechos de la comunidad - y, por lo tanto, la relación cae en un contexto administrativo neutral con respecto a la disputa entre las partes del conflicto. Si existen, a nivel administrativo, responsabilidades, éstas deben ser determinadas en un nivel separado, sin interferir en el choque entre los trabajadores y la empresa. Si se comprueba que, por ejemplo, el sindicato no ha movilizado a los trabajadores para cumplir con el mantenimiento de los servicios que no se pueden posponer a la comunidad, la Administración puede actuar, dentro de los límites de la ley, contra el sindicato. Lo mismo ocurrirá con la empresa, que no puede pretender que la razón de este fracaso sea simplemente la huelga. Corresponde a la empresa alegar administrativamente el comportamiento no cooperativo de los trabajadores o del

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população". (grifado)

Sindicato - pero tal alegación (o incluso su origen) no debe tener ningún efecto en relación con una posible declaración de abuso de la huelga. En este sentido, una interpretación extensiva e indebida de la expresión "incumplimiento de las normas contenidas en la presente Ley" del mencionado artículo 14²⁶⁶ ha llevado a la Justicia laboral de Brasil a confundir su papel de Administración Pública (encargada de gestionar el conflicto y, por tanto, de curar los intereses de la colectividad²⁶⁷) con el papel de regular y arbitrar el conflicto²⁶⁸). Así, en la preservación de los intereses de los ciudadanos en el mantenimiento de los servicios indispensables para la comunidad la Justicia del Trabajo debe actuar con prudencia e imparcialidad, para no comprometer su papel de mediador, árbitro y juez en el conflicto de huelga. Algo que, ciertamente, se ve bastante perjudicado cuando, por cumplir con su deber de asegurar la continuidad de la prestación suficiente de servicios esenciales a la comunidad, además de adoptar las medidas necesarias para ello²⁶⁹, la Justicia Laboral declara la "huelga abusiva" - penalizando sólo a una de las partes responsables de la paralización²⁷⁰ y favoreciendo indebidamente a la otra en la disputa que, entre ellas, se desarrolla en un nivel diferente al administrativo. Además, al crear aún más confusión entre el Administrador y el Juez, la Justicia del Trabajo entiende que más allá de la

266 Que, con esta errónea interpretación, pretende también justificar la intervención de la Justicia Laboral en el conflicto, decretando el fin de la huelga.

267 Entre ellos, ciertamente, el interés público de preservar los servicios indispensables para la comunidad.

268 En virtud de la potestad normativa del artículo 114 de la Constitución.

269 Que pueden incluso adoptarse en forma de multas, bien entendidas como necesarias para inducir la conducta recomendada por la ley (mantenimiento de los servicios mínimos).

270 La responsabilidad se produce independientemente de la declaración de abuso de la huelga (...) la responsabilidad emana del acto ilícito e independientemente de si la huelga es abusiva (DORNELES, 2008, p. 42).

"desobediencia" propia de la legislación penal²⁷¹, hay "desprecio por una orden judicial" - algo equivocado porque ocurre en plan administrativo.

"Esquirolaje" al brasileño

Importantes medidas de protección para el ejercicio del derecho de huelga fueron importadas directamente de la legislación europea y constituyen un importante avance en la legislación brasileña: la prohibición de sustituir a los huelguistas (Art. 7, párrafo único²⁷²) y la libertad de actuar como piquetes (Art. 6, I²⁷³). También cabe destacar el artículo 6, párrafo único²⁷⁴, que ha sido interpretado como una prohibición a las empresas que adoptan medios para coaccionar al empleado para que asista al trabajo, eludiendo la acción de los piquetes. Se trata de una norma importante, de carácter general, acogida con satisfacción por la doctrina por representar "una inmunización de la huelga contra las perturbaciones patronales" (CARVALHO, 2019, p. 540).

271 Código Penal, art. 330- "Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa

272 Art. 7º Parágrafo Único – "É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14".

273 Art. 6º "São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve".

274 Véase nota 232.

Sin embargo, en lo que respecta a la prohibición de contratar trabajadores sustitutos, está muy lejos de la prohibición de "esquirolaje"²⁷⁵ en la legislación española²⁷⁶. En el Brasil, ese instituto se entendía en un sentido diferente: el de proteger al huelguista contra el despido arbitrario²⁷⁷. Aunque se trata de un gran paso para frenar la tradicional "degola" (despido masivo) que lamentablemente caracterizó el final de las huelgas en los últimos tiempos en Brasil, se ha pasado por alto la verdadera naturaleza de tal garantía: la de imponer al empresario, en el curso de la huelga, el deber de abstenerse de adoptar actitudes organizativas destinadas a neutralizar sus efectos. Así, mientras que la jurisprudencia española extendió la protección, inicialmente al "esquirolaje externo", para alcanzar también el "esquirolaje interno"²⁷⁸, Brasil tomó, como definitiva y de forma muy limitada, la visión inicial del legislador español²⁷⁹.

Cabe señalar que el importante apoyo, aunque involuntario, que la ley concede a los esfuerzos del empleador por aliviar los efectos de la huelga se deriva de una

275 "Esquirolaje" (ardilla), palabra española derivada del catalán que se traduciría mejor como "cordero" en portugués, es decir, "fura greve".

276 El empleador no puede sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estén vinculados a la empresa en el momento de la contratación (art. 6, inc. 5 del RDLRL).

277 Pode-se dizer que a ênfase foi deslocada para no termo "substituição" (verbo "substituir, no sentido de despedir alguém para contratar outro no lugar) ao invés do verbo "contratar" (no sentido de aproveitar a força de trabalho de outro).

278 La prohibición del "esquirolaje" se extendió a varias otras situaciones, especialmente a la contratación de empresas de servicios para llevar a cabo actividades paralizadas por la huelga. Esto también se aplica a los trabajadores temporales e incluso a las situaciones del llamado "esquirolaje tecnológico" en las que la sustitución se produce, no por personas, sino por instrumentos tecnológicos obtenidos por el empresario.

279 De alguna manera, algo que podría llamarse "protección mínima" fue adoptado en España como "protección máxima" en Brasil.

descripción muy amplia de los "servicios cuya paralización provoca daños irreparables" que figura en el artículo 9 de la ley de huelgas²⁸⁰. Más aún cuando, en ausencia de un acuerdo, el empleador está autorizado a la "cuadratura externa"²⁸¹.

Por último, tratando de equilibrar el conflicto en términos conocidos en el derecho comparado, la Ley de Huelgas (Art. 7²⁸²) prevé la suspensión temporal del empleo como la consiguiente suspensión del contrato de trabajo. Aunque en la mayoría de los países europeos no se considera atribuir, por decisión judicial, la responsabilidad del pago de los días libres al empleador - o, al menos, asegurar parte de este pago a los trabajadores - esta es una de las particularidades del sistema brasileño, tal vez como resultado de la judicialización de la propia huelga²⁸³.

Los piquetes actuarán libremente, siempre y cuando no impidan el acceso al local de trabajo

280 El artículo menciona el "deterioro irreversible de los bienes, la maquinaria y el equipo, así como el mantenimiento de los esenciales para la reanudación de las actividades de la empresa cuando cese el movimiento".

281 Art. 9º § único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

282 Art. 7º - "Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho".

283 En general, la decisión sobre el pago de los "días muertos" por parte de los tribunales laborales brasileños sigue la lógica de la "sucesión procesal", es decir, depende del juicio sobre quién fue "culpable" de la huelga, el empleador o los trabajadores. A este respecto, cabe mencionar el pensamiento de SPAVENTA (2016), para quien "si hay una huelga, conceptualmente, es provocada por la culpa del empresário".

La legislación brasileña, en relación con los piquetes, innova poco en relación con el derecho comparado - pero mucho en relación con una tradición de intolerancia con la huelga, hasta el punto de no ver en los piquetes nada más que una acción penal contra la libertad de trabajo (que, en el Estado Novo, ya ha tenido la previsión de un tipo penal propio).²⁸⁴ Junto con la prohibición del "lock out"²⁸⁵, la legalidad de la recaudación de los fondos de la huelga y la libertad expresa de dar a conocer el movimiento²⁸⁶ pueden considerarse los aspectos más importantes para favorecer el ejercicio del derecho de huelga. Por lo tanto, una norma específica para garantizar a los huelguistas el uso de (cualquier) "medio pacífico para persuadir o atraer a los trabajadores a que se unan a la huelga" debe interpretarse ciertamente como una garantía de un amplio espectro de acción para los "piquetes de información", extendiendo posiblemente la esfera de la comunicación más allá del público objetivo específico (trabajadores potencialmente en huelga), llegando a otros trabajadores e incluso al público en general²⁸⁷. Sin embargo, en la misma ley, en el párrafo 3 del

284 Decreto-lei 431, de 1938 Art. 22 - Induzir empregadores ou empregados à cessação ou suspensão do trabalho. Pena – 1 a 3 anos e prisão.

285 Art. 17. “Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout).

Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação”.

286 Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos: II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

287 Sobre los "piquetes de barrio" que se convirtieron en una de las características de los trabajadores metalúrgicos de ABC durante la huelga de 1980 y su importancia en la formación de una identidad obrera, FONTES: MACEDO, 2017, p. 41.

mismo artículo²⁸⁸ que legalizó la acción de los piquetes, se prevé una fuerte limitación a su acción persuasiva, ya no "puede impedir el acceso al trabajo", ni "causar amenaza o daño a la propiedad o a la persona".

Hay una difícil tarea hermenéutica en la armonización de dos dispositivos legales aparentemente opuestos: si una de las principales funciones del piquete es precisamente la de "evitar el acceso al trabajo" (evitar el "esquirolaje"), ¿cómo se puede exigir razonablemente que se abstenga de "impedir el acceso al trabajo"? Además, la existencia misma de una decisión de huelga puede ser vista, dentro de una perspectiva individualista y subjetiva del "agujero de la huelga" como una "amenaza" - ¿qué hay de la existencia misma de un piquete de huelga fuera del lugar de trabajo precisamente para convencerlo de unirse a la huelga? Ciertamente, los límites de lo que se puede hacer y de lo que se puede considerar una "amenaza al derecho al trabajo de la huelga" son muy difíciles de trazar. Finalmente, la huelga en sí se lleva a cabo precisamente para causar daños (lesiones) a los bienes del empleador. Toda esta rica discusión se ha ido alejando de la doctrina y la jurisprudencia durante muchos años, prácticamente sin darse cuenta de la posibilidad de una acción amplia y lícita de los piquetes, no sólo en una acción energética pacífica en el cumplimiento de las deliberaciones colectivas ante los no inscritos, sino entendiendo como más comprensiva las funciones de los piquetes, alcanzando también funciones comunicativas más amplias. Un debate tímido y superficial también intentó circunscribir la acción de los piquetes sólo -y limitadamente- al exterior del centro de

288 Art. 6º § 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

trabajo²⁸⁹. Hoy en día, ante los importantes cambios en el mundo del trabajo, ya no es conveniente seguir interpretando una norma que surgió precisamente para integrar los piquetes de información al ordenamiento jurídico en sentido precisamente opuesto (de mera tolerancia a la existencia fáctica de los piquetes). Tampoco es apropiado, en una ampliación indebida del concepto de "violencia" (en una oposición simplista al concepto de "pacífica"), considerar la presencia ostensiva de los piquetes como una intimidación psicológica, incluso considerando la limitación del número de miembros. Mucho menos, contrariamente a la idea de que los piquetes pueden obstruir lícitamente el acceso físico (sin el uso de la violencia) al lugar de trabajo, se argumenta que los piquetes no pueden ni siquiera obstaculizar la entrada de sus colegas. Por último, en una interpretación literal y estrecha de la norma²⁹⁰, no es razonable reprochar la participación de "terceros" en los piquetes, es decir, de cualquier trabajador que no esté vinculado al propio centro de trabajo. Además, en un desequilibrio en la ponderación de los valores constitucionales, sobrestimar un derecho a la intimidad y al honor del "fura-greve" en relación con el derecho igualmente fundamental de huelga, entendiendo que cualquier acto o palabra de censura o amonestación al no inscrito se entiende como una agresión moral grave e inaceptable que configura una violencia que viola la ley de huelga y caracteriza potencialmente un abuso. Un ejemplo de esta postura conservadora es el siguiente fallo del TST, que no se concilia con el derecho fundamental de huelga,

289 Ya que la "huelga por ocupación" nunca ha sido admitida como una forma legal de huelga.

290 Que supuestamente restringiría el derecho a participar en los piquetes a los "huelguistas", en flagrante violación de los derechos fundamentales de libertad de expresión, derecho de reunión y participación política.

A participação em greve é direito assegurado ao trabalhador, porém dentro dos limites estabelecidos pela Lei nº 7.783/89, segundo a qual as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou à pessoa. No caso dos autos, a prova testemunhal demonstrou que o reclamante, juntamente com outros funcionários, dirigiu palavras de baixo calão aos colegas que pretendiam trabalhar durante a greve, o que acarreta dano moral em face do constrangimento causado por essa atitude. Ademais, também ficou demonstrado que alguns grevistas, dentre eles o reclamante, bateram com as mãos nos vidros do carro da empresa e, embora o veículo não tenha sofrido avarias, está configurada a ameaça de que fala a lei (TST- RR 5ª T. Processo 695400-40.2000.5.09.5555 Rel. Rider de Brito, julg. 12/11/2003) grifado.

Así, en un énfasis excesivo en el supuesto carácter radical y necesariamente pacífico de los piquetes, sin mayor aclaración de esta libertad de acción y sus límites, la doctrina y la jurisprudencia nacional se ha volcado especialmente en dos puntos concretos, en una grave distorsión de lo que podría ser una acción constitucionalmente lícita de los piquetes como un derecho de huelga viable:

- una "libertad de acción de los huelguistas" limitada en una confrontación asimétrica con una amplia "libertad de trabajo" de los no inscritos, a quienes se les reconoce el derecho a "no ser limitados" en el acceso al trabajo. Así, el espacio para la acción comunicativa de los piquetes es muy reducido, quedando restringido a la portabilidad de carteles y banderas, al uso de silbatos o megáfonos y a la distribución de panfletos y otros materiales promocionales, siempre y cuando no se consideren ofensivos para el empleador (TRT 13º Reg. MS 00313.2009.000.13.00-3, sentencia 29/9/2009);

- el reconocimiento del empleador para mantener la empresa en funcionamiento con todos los medios a su disposición - incluso formas sutiles de limitación del trabajo, como la búsqueda del trabajador en el hogar. En este segundo punto, el uso de los

trajes de posesión para el "despilfarro o la agitación de la posesión" es de particular importancia, asegurando al empresario una amplia libertad en el uso de sus poderes de gestión para mantener su actividad empresarial en funcionamiento normal. Las medidas cautelares concedidas fueron "medidas cautelares prohibitivas" para evitar que los piquetes posaran frente al centro de trabajo.²⁹¹ La exageración en asegurar al empresario una posesión que nunca ha sido amenazada o perturbada es evidente²⁹².

Esta aplicación insensible de una norma que se pretendía interpretar "a favor de la libertad" continúa hoy en día, aunque se observan cambios significativos en la jurisprudencia más reciente, especialmente por parte del TST:

En una decisión que confirma tal posicionamiento (SDC 5902-33.2016.5.15.000, Rel. Kátia Magalhães Arruda, julg. 11/6/2018):

Em decisão que confirma tal posicionamento SDC 5902-33.2016.5.15.000, Rel. Kátia Magalhães Arruda, julg. 11/6/2018): “No caso dos autos, a recorrente alega que os piquetes e os bloqueios provocados pelo movimento paredista caracterizam abuso do direito de greve, haja vista que essas medidas violam e constroem os direitos e garantias fundamentais de outrem. Pois bem, o mero bloqueio das entradas da empresa, impedindo o deslocamento das pessoas de entrarem no estabelecimento ou no local de trabalho durante a greve, sem violência, não constitui motivo para caracterizar a abusividade da paralisação. Portanto, não se vislumbra violação do art. 6º, § 3º, da Lei nº 7.783/89” (sublinhado no original).

Se trata de una decisión importante aún en el camino de una visión de los piquetes, en una relectura de la ley de huelga más acorde con el derecho constitucional

291 Por lo tanto, gran parte de la discusión de la jurisprudencia relativa a los piquetes se dedicó a saber "cuántos cientos de metros" deben mantener los piqueteros alejados de la entrada al centro de trabajo.

292 De hecho, no es posible presumir la turbidez de la propiedad, sino una hipótesis de mera interrupción de la actividad empresarial (SANTOS, 2011, p. 546).

a la huelga y que reconoce la importancia y el significado de los piquetes para la huelga.

Una competencia no definida

La ley de huelga se aplica únicamente al sector privado, y todavía está pendiente de la regulación legal del derecho constitucional de los funcionarios públicos a la huelga²⁹³.

Según la opinión casi unánime de la doctrina y la jurisprudencia, la huelga se limita a los trabajadores con vínculos laborales - los llamados "celetistas" - aunque el número de "microempresarios" informales, ocasionales, autónomos o incluso autoproclamados en Brasil es enorme²⁹⁴.

Finalmente, la interpretación que el Poder Judicial dio a la ley de huelga ha pasado por encima de cuestiones constitucionales mayores. Desde 2004 (reforma del Poder Judicial EC 45), el Tribunal del Trabajo es competente para examinar las cuestiones relativas a las huelgas (STF RE 579648), lo que no ha alterado sustancialmente la misma interpretación jurisprudencial vacilante que poco entendía

293 Véase fl. 106.

294 Una visión que extendería el derecho de huelga a estos trabajadores, ver p. 152.

las huelgas efectivamente como un derecho, caracterizada siempre por una visión más bien temerosa de las consecuencias del estallido de las huelgas, consideradas siempre como "una amenaza, en fin, como algo que debe ser seguido de cerca por el Poder Público" (PAIXÃO, 2009, p. 69). A lo largo del tiempo se ha producido un proceso de vaciamiento político del derecho de huelga, a través de una concepción jurisprudencial limitadora del derecho de huelga, que ha privilegiado cierta lectura de la Ley n. 7783/90 como instrumento de mitigación de la huelga con el pretexto de evitar supuestos abusos y daños a la comunidad. Esto fue un claro retroceso del derecho fundamental de huelga tal y como lo concibió el legislador constitucional de 1988. La Constitución fue ahora "leída por la ley" - y no al revés (PAIXÃO, 2009, p. 73), con el énfasis en una lectura literal de la norma jurídica, en una interpretación extensiva desconectada de su matriz constitucional.

CAPÍTULO 3 – DESAFÍOS DEL DERECHO DE HUELGA EN LOS NUEVOS TIEMPOS

3.1 La huelga cambió.. ¡El mundo también!

El derecho de huelga, como se ha visto en el capítulo anterior, ha sido producto de un cierto y determinado contexto sociopolítico que ha cambiado mucho en todos los países, incluidos los europeos y los latinoamericanos. El tema vuelve a la actualidad ante el aumento significativo del número de huelgas²⁹⁵ y protestas²⁹⁶ en todo el mundo. Según la OIT (2019), se han registrado protestas de diferentes tipos, como protestas callejeras, disturbios, mítines, boicots, bloqueos de carreteras y huelgas; protestas que no son necesariamente violentas, pero que siempre reflejan un cierto descontento con la situación económica, social y política de un país determinado" (OIT, 2019a). Se habla mucho de una "politización de la huelga", siendo el fenómeno de la "huelga general" como una protesta contra las condiciones de trabajo e vida una realidad presente en muchos países. Existe un descontento generalizado con el derecho de huelga, aunque las críticas son muy diferentes e incluso contradictorias: algunos piden que se endurezca la reglamentación contra las huelgas (MANSO CHICOTE, 2018); otros se quejan precisamente de las limitaciones del derecho de huelga que

295 Un resurgimiento del conflicto industrial en Europa y Brasil desde la crisis de 2008 (FERRAZ, 2018, p. 175).

296 El ejemplo más significativo es el de los "chalecos amarillos" en Francia, que llevan un año en "estado de protesta permanente" e incluso se han convertido en un "estilo de vida" (MATIAS, 2019).

resultan inadecuadas para abarcar las nuevas formas de huelga (JIMÉNEZ, 2018). De hecho, dadas las peculiares insuficiencias e incoherencias propias de cada país, es posible que el derecho de huelga en general ya no responda a las exigencias de los nuevos tiempos. Es necesario repensar el derecho de huelga, pero es necesario hacerlo a partir de la realidad de cada país, teniendo siempre presente la imposibilidad teórica de adoptar institutos y conceptos como "principios" universales, mucho menos infrecuentes con el paso del tiempo y los cambios que se producen en la sociedad.

En la mayoría de los países y la mayor parte del tiempo, los conflictos entre el capital y el trabajo se extienden y se intensifican, algo muy característico de los nuevos tiempos económicos neoliberales. Se observa una considerable pérdida de poder social de los trabajadores y un vaciamiento de la negociación colectiva como fuerza equilibradora del conflicto social (SILVA GODOY, 2011). En un mundo en el que la huelga, especialmente en forma de "huelga general de protesta" parece ser el instrumento que le queda a los trabajadores para hacer frente al desmantelamiento político de los derechos sociales, el recurso a nuevos tipos de huelga que se alejan cada vez más del modelo tradicional es una realidad que debe ser afrontada por el derecho laboral.

En primer lugar, es necesario informar, aunque sea de forma resumida, sobre los importantes cambios en la economía y en el trabajo que han afectado enormemente al poder de los trabajadores.

3.1.1 La globalización y la huelga: el poder de romper las fronteras de los empresarios frente al encarcelamiento nacional de los trabajadores

Durante al menos los últimos treinta años el debate sobre política y economía ha estado dominado por el tema de la 'globalización', un concepto a menudo utilizado como práctica discursiva para justificar, en una apropiación subjetivista de la historia, una 'reconfiguración de la soberanía' en la que se legitima un pretendido 'triunfo del

mercado a escala global', como si éste fuera un resultado inevitable y definitivo del progreso social (GODOY, 2003, p 12)

La lógica de una "globalización perversa" trata de imponerse en todos los campos del conocimiento²⁹⁷, presentándose como la "nueva racionalidad postmoderna" (DAMBROSO, 2019). Se trata de una interpretación ideológica que convierte el proceso de globalización en una "nueva universalización" (o "occidentalización" o incluso "americanización") y "un imperialismo de las estrategias neoliberales que afecta y reina en todos los ámbitos de nuestra vida, especialmente en las esferas política y económica, pero también en los ámbitos cultural, social, de las comunicaciones y la información, jurídico y ambiental" (FARIÑAS, 2006, p. 18). Un proceso global que se caracteriza por una nueva racionalidad política que consiste en "imponer la lógica del capital a los gobiernos, a la economía, a la sociedad y al propio Estado, hasta convertirlo en la forma de las subjetividades y en la norma de la existencia" (DARDOT: LAVAL, 2019).

Dicha globalización se caracteriza por la aceleración de la circulación de la información y los flujos financieros en todo el mundo²⁹⁸ de tal manera e intensidad²⁹⁹

297 Esta nueva etapa del capitalismo se presenta "como el único e inevitable modelo posible, junto con la ideología y el imperio cultural, tecnológico y mediático que lo sustenta, anulando toda diferencia, que no se domestica ante el modelo de civilización dominante" (FARIÑAS, 2006, p. 21).

298 "Todo está dispuesto para que los flujos hegemónicos corran libremente, destruyendo y subordinando los otros flujos" (MILTON SANTOS citado en GODOY, 2003, p. 12).

299 Según los datos del Banco de Pagos Internacionales (BPI) de octubre de 2008, la deuda pública primaria ya alcanzó los datos estratosféricos de 130 billones de dólares, más 600 billones de dólares relacionados con los derivados (y otras invenciones financieras). Considerando un PIB mundial de 65 billones de dólares, se puede calcular la inmensa presión sobre los presupuestos públicos de los países para contabilizar sólo la renovación de una deuda que, habiendo aumentado aún más en los últimos años, ya puede considerarse técnicamente inapreciable (LOGUERCIO et al, 2014).

que amenaza seriamente a los estados nacionales en su poder regulador autónomo, haciéndolos vulnerables a las crisis fiscales y a la disciplina del dinero internacional (HARVEY, 1992, p. 181). Hay profundas repercusiones en el derecho, en particular en el derecho laboral³⁰⁰, que parece ser el "entorno jurídico más susceptible a las transformaciones derivadas del proceso de globalización" (GODOY, 2003, p. 66). Los logros históricos son aniquilados, empujando a los trabajadores a una lucha defensiva, en la que sólo la resistencia heroica permanece en una situación francamente desfavorable. Como resultado, hay incluso una disminución de la participación del movimiento sindical en el sistema de reivindicaciones de derechos laborales (GODOY, 2003, p. 110).

La globalización ha cambiado las reglas del juego, hasta el punto de que el capital se ha liberado de la atadura nacional, volviéndose autónomo de las regulaciones restringidas a las economías nacionales o regionales, mientras que los trabajadores han permanecido atrapados dentro de las fronteras de los países³⁰¹, generalmente con las limitaciones de un pacto socialdemócrata en el que la contraparte de los trabajadores permaneció rígida, pero no se puede decir lo mismo de los compromisos del capital ahora globalizado.

300 En la era del neoliberalismo, el capitalismo ataca ahora el derecho laboral como una forma de controlar/resistir a los movimientos sociales (HAZÁN, 2016, p. 33).

301 Como lo demuestra dramáticamente la situación de los trabajadores migrantes que se encuentran en la práctica excluidos del derecho de huelga (BAYLOS, 2007).

Bajo la perversa lógica de que "no hay alternativas" a una crisis constante e interminable³⁰², el neoliberalismo económico es incuestionable, arrastrando a las economías nacionales a un torbellino de políticas recesivas, en las que "nada parece suficiente", porque supuestamente la superación de la crisis siempre prescindirá de nuevos y profundos sacrificios de los derechos sociales de la mayoría de la población³⁰³. Así, según Pierre Dardot y Christian Laval (2019), el neoliberalismo no se confunde con un conservadurismo que se contenta con reproducir las estructuras desiguales establecidas. Por el contrario, "a través del juego de las relaciones internacionales de competencia y dominación y la mediación de las grandes organizaciones de 'gobernanza mundial' (FMI, Banco Mundial, Unión Europea, etc.), este modo de gobierno se ha convertido con el tiempo en un verdadero sistema mundial de poder, comandado por el imperativo de su propio mantenimiento" (énfasis añadido). En otras palabras: "lo que caracteriza este modo de gobierno es que se alimenta y se radicaliza a través de sus propias crisis". El neoliberalismo sólo se sostiene y fortalece porque gobierna a través de la crisis.

Desde la crisis económica de 2008, según los mismos autores, se observa una "radicalización del neoliberalismo" (LAVAL: DARDOT, 2016, p. 23), en la que su fórmula explicativa podría simplificarse en "cuanto peor es, más debe continuar". Este escenario conduce a un debilitamiento de los sistemas de protección social, a una

302 "Las crisis no son para él (el neoliberalismo) una ocasión para limitarse, como ocurrió a mediados del siglo XX, sino un medio para seguir su trayectoria de ilimitación cada vez más vigorosamente" (DARDOT: LAVAL, 2016, p. 8).

303 El propio FMI, a través de tres de sus economistas, reconoce que las políticas de austeridad preconizadas por la institución (recorte del gasto público, privatización, libre comercio y apertura de capital) "parecen haber sido algo exageradas", teniendo "costes significativos en términos de desigualdad que, al fin y al cabo, comprometen el nivel y la sostenibilidad del crecimiento" (OSTRY, J.D.; PRAKASH, L.; FURCERI, 2016).

intensificación de la competencia y a una individualización de las responsabilidades. En tales condiciones, la crisis se convierte en la forma misma de gobierno, produciendo efectos preocupantes en las economías nacionales. Refiriéndose a Europa, Baylos Grau (2011) describe así las políticas anticíclicas de Bruselas en los años posteriores a la crisis de 2008:

una espiral inagotable de recortes sociales programados, con especial atención a los países periféricos, impulsados sin diferencias ideológicas por los poderes públicos que, en diferentes medidas, han logrado sus objetivos, es decir, la reducción de los salarios y el aumento del coste de la vida y de los impuestos sobre el consumo de bienes necesarios; la destrucción de puestos de trabajo y la flexibilización de las relaciones laborales; el endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación por edad y la reducción de su valor; la expansión, la ampliación de la exclusión social y la degradación de los servicios de interés general; todo ello acompañado de un aumento exponencial de la desigualdad social en términos impensables hasta hace poco en Europa, en diferentes intensidades, según los marcos nacionales y según la capacidad de resistencia de la población y el poder económico de cada país.

Otro efecto de la globalización neoliberal es el preocupante aumento de la asimetría entre los actores sociales: la clase empresarial ha aumentado (ONU, 2018); la clase trabajadora se ha debilitado y dividido. Acuada por el desempleo estructural³⁰⁴ y una política antisindical practicada por la clase empresarial y los gobiernos alineados con el neoliberalismo, la organización de la clase obrera ha sido duramente golpeada³⁰⁵, mostrándose incapaz de responder a escala internacional a la estrategia

304 Según los datos de la OIT, el desempleo mundial alcanzará los 172 millones en 2020 (OIT, 2019b)

305 En una descripción realista de la dura realidad a la que se enfrentan los sindicatos, Ellen Hazan (2016, p. 36) llega a decir que "los sindicatos jugarán ahora el papel de un extra en el teatro de la capital".

neoliberal de desmantelamiento de los derechos de los trabajadores, incluyendo entre ellos el derecho de huelga.³⁰⁶

En este proceso de desmantelamiento, apoyado en las modificaciones tecnológicas relevantes que han automatizado la producción, la eliminación del poder de los trabajadores y el aumento del poder del empleador en el control de la producción ha empeorado hasta niveles devastadores (ANTUNES, 2002).

3.1.2 La reestructuración productiva y la disminución del poder sindical

La globalización financiera, la globalización de la producción, la intensificación de la competencia internacional, la aparición de nuevas tecnologías y la inestabilidad de la demanda condujeron a la reestructuración productiva, en la que el rendimiento a corto plazo se convirtió en el objetivo principal y, como objetivos complementarios o auxiliares, surgió la necesidad de reducir los costos. En una carrera desenfrenada por reducir los costos de la mano de obra, las empresas comenzaron a ver la negociación colectiva como una oportunidad para la flexibilidad y la eliminación de los logros históricos de los trabajadores (CALVETE, 2009)³⁰⁷. Bajo la presión de las empresas, los legisladores también cedieron. En una continua espiral descendente, las leyes se cambian continuamente, en sucesivas y cada vez menos disfrazadas formas de precariedad y desmantelamiento social, justificadas como de "interés nacional

306 Desde el 16º Congreso de la Federación Sindical Mundial (Atenas, abril de 2011), se ha iniciado la discusión sobre una respuesta articulada internacionalmente, al menos a nivel europeo, al avance de las políticas neoliberales (BAYLOS GRAU, 2011).

307 La reestructuración productiva busca reducir los costos, aumentar el poder en relación con la disposición del tiempo de los trabajadores e intensificar el trabajo (ibidem).

apremiante", censurando a los trabajadores cuando esbozan alguna resistencia a través de protestas y huelgas. Todo sucede como si los empresarios y los legisladores esperaran que una asociación de sindicatos se convierta en co-autora de las precarias condiciones de trabajo.³⁰⁸ Este discurso, con repercusiones en los medios de comunicación, en el poder político y en los tribunales, ha afectado significativamente a los sindicatos. El desempleo y la inseguridad laboral presionan a los trabajadores, quienes a su vez presionan a los sindicatos para que acepten reducciones en sus derechos a cambio de empleo. La solidaridad da paso a la competitividad entre los propios trabajadores y al individualismo basado en la productividad.

Una nueva estructura productiva - claramente dirigida a la destrucción de la organización sindical - reduce considerablemente las posibilidades de integración de los trabajadores en la empresa, dificultando aún más el trabajo sindical. (HAZÁN, 2016, p. 33-6). La evidente impotencia o debilidad de los sindicatos de trabajadores para hacer frente a las sucesivas oleadas de "reformas del mercado laboral" que se han venido produciendo desde los años ochenta puede explicarse por un "marco económico caracterizado por el predominio del sector terciario o de servicios y por los problemas estructurales endémicos del desempleo y la temporalidad".

No es menos importante señalar la "profunda atomización de los sindicatos, que también se ven obligados a convivir con representaciones paralelas "unitarias no sindicales" que representan los intereses de los trabajadores de la empresa", además de

308 "El gobierno corporativo que ha llevado a los líderes empresariales a tener los mismos intereses y la misma lógica que los accionistas está dando grandes pasos para cooptar también a los trabajadores" (CALVETE, 2009).

la fuerte intervención del Estado, en sus distintos niveles, limitando el ejercicio del derecho de huelga, sujeto a procedimientos detallados" (GARCÍA, 2012, p. 32).

En este paso, un amplio derecho de huelga comenzó a considerarse intolerable como factor de desestabilización de las relaciones productivas, lo que justificaba un "cambio en las reglas del juego" del derecho de huelga.

Baylos Grau (2007) señala, en tal proceso de redefinición continua de las condiciones de la huelga, una reinterpretación dogmática que remodela permanentemente el derecho de huelga, modificándolo de manera decisiva. En este proceso de inversión interpretativa, la participación protagónica de la jurisprudencia a través de la reelaboración de conceptos como violencia, lealtad, prejuicios, etc., suele ser en un endurecimiento crítico en el que la antigua tolerancia a las nuevas formas de acción huelguística es sustituida por una rigidez conceptual poco operativa, como si se pretendiera "congelar" las huelgas a partir de las manifestaciones de lucha típicas de los años setenta del siglo pasado.

Los efectos de esta visión distorsionada sobre la función social de la huelga son considerables. Está surgiendo un derecho de huelga mitigado, bastante limitado por un cierto patrón normativo; por la escasa tolerancia de las llamadas "huelgas atípicas"; por la considerable ampliación del concepto de "abuso de la huelga"; por el retorno a la calificación de ilegalidad de la huelga; por la responsabilidad de los sindicatos por la acción de los huelguistas; por el endurecimiento criminal de los huelguistas y los dirigentes. Dicha mitigación se convierte en una constante en varios países, dejando de ser una peculiaridad de los países menos industrializados (como Brasil) para convertirse en una realidad en prácticamente todos los países.

En Brasil, tal cambio, como en tantos otros países, se produjo sin modificar el texto constitucional, pero en un peculiar giro hermenéutico, adaptando la norma constitucional a lo dispuesto por la ley. Si bien la legislación siguió contemplando el derecho de huelga, y éste siguió siendo un derecho fundamental, se consolidó su entendimiento como meramente individual, ya no visto en su dimensión colectiva,

como compensación por la diferencia de poder (desigualdad) de las partes, sino como una manifestación individual de ejercicio colectivo, que se centra en sus efectos limitados sobre el contrato de trabajo.

Uno de los resultados visibles de esta "individualización" del derecho de huelga fue precisamente el de permitir a la empresa recuperar el poder disciplinario sobre el huelguista, incluso durante el período de la huelga, cuando el contrato de trabajo está suspendido. La reconquista del poder contractual del empleador fuera de la plena vigencia del contrato de trabajo es un duro golpe a los trabajadores en huelga, configurando un debilitamiento del poder colectivo del trabajador, debilitando aún más los ya debilitados lazos del sindicato y de los trabajadores de base.

Con el aumento de las desigualdades, en lugar de pensar políticamente en el empoderamiento de los trabajadores para permitir, a través de la revitalización del pacto social, la generación de una mejor distribución de los ingresos colectivos, la opción parece ser exactamente la contraria: la de limitar aún más la acción de los trabajadores que, privados de un amplio derecho de huelga, se vuelven aún más frágiles ante la agudización de una crisis económica permanente que parece caracterizar esta nueva fase de la globalización neoliberal.

Por lo tanto, estamos muy lejos del mundo en el que se pensaba que una regulación equilibrada de la huelga era el principal papel del Estado para proporcionar un terreno favorable para la negociación colectiva e intervenir sólo moderadamente en ella para evitar un daño desproporcionado a las partes e impedir que la continuación de una huelga ponga la vida, la seguridad o la salud de la población en una posición de experto.

En medio de este desequilibrio, la actuación del Estado no está al día; por el contrario, retrocede a los tiempos de la huelga-delito, calificando las huelgas como ilícitas y abusivas; penalizando a los huelguistas; determinando la reincorporación inmediata al trabajo; reforzando el poder disciplinario del empresario como medio de

mayor control sobre los huelguistas; condenando a los sindicatos a indemnizar los daños causados al empresario por la huelga considerada ilícita.

Desde el punto de vista sociológico, es innegable que la huelga ya no es - y no podría ser - lo mismo. Una nueva visión de la huelga debe surgir en tal contexto de polarización y creciente precariedad de los derechos, en el que la vieja noción de un equilibrio entre los partidos -ya de por sí tan asimétricamente desigual- a través del derecho colectivo ha sido dramáticamente superada por los hechos, no sirviendo ya al tradicional derecho de huelga por otra cosa que la pura y simple represión de la última forma de resistencia obrera a la marea neoliberal.

En lugar de que la derecha busque un nuevo equilibrio, hemos visto nuevas formas de prohibir las huelgas.

En vano. En un mundo en el que las huelgas están cada vez más prohibidas en la práctica, cuantas más huelgas se producen porque no son la causa de los conflictos sociales.

A continuación se presentan algunas ideas que vale la pena considerar en el camino hacia un derecho de huelga que restaure la función social e histórica para la que fue creado.

3.2 ¿La huelga necesariamente “pacífica”?

La huelga siempre ha sido estigmatizada como una violencia consentida por el Estado, lo que en sí mismo justificaría una actitud de constante vigilancia y exigencia cuando se trata de posibles desvíos en el estrecho camino de la legalidad y la licitud

que el derecho de huelga debe trazar para la seguridad jurídica y la paz social. Durante mucho tiempo, la propia ley había tenido consecuencias penales para los huelguistas simplemente por la huelga. Se creó la versión de la "huelga incómoda"³⁰⁹, para la cual se espera que el Estado desempeñe un papel de estricta vigilancia y pronta contención:

"Como no hay manera de impedir las huelgas, era mejor controlarlas, enmarcarlas dentro de un cierto orden, disciplinar los pasos y requisitos de su iniciación, imponiendo límites - los límites de la conveniencia capitalista (...) De ahí la concepción de una huelga pacífica, una huelga ordenada, disciplinada y llena de requisitos de validez. (...) A pesar de la legislación que asegura la huelga, la visión de "inconveniente" nunca ha abandonado este derecho. Y llegó el cambio: la concepción de que los intereses de la población y de las empresas debían prevalecer, como si las demandas transmitidas por los huelguistas no contribuyeran al buen desarrollo de la sociedad. Se ha creado un "apartheid" entre los trabajadores y la sociedad, que se percibe claramente en los conflictos colectivos". (MARQUES DE LIMA, 2013, p. 28-9).

La huelga sigue siendo un elemento incómodo dentro del sistema legal, y el reconocimiento legal del derecho de huelga no puede incorporarlo al funcionamiento normal de las instituciones (RODRÍGUEZ, 2003, p. 501). La mayoría de las interpretaciones del derecho de huelga, cuando no lamentan su existencia, al menos

309 "Para Francisco Isturraspe (2010), "el Derecho Laboral tradicional y para el "pensamiento" económico dominante en los medios de comunicación, la huelga es un fenómeno incómodo y "disfuncional". En realidad se trata de una visión extremadamente "ideologizada" y deformada de la realidad: "La experiencia histórica muestra que la vida social no es posible sin conflictos de las más diversas modalidades y magnitudes y que los conflictos son generados por los intereses o los diferentes puntos de vista de sus protagonistas: grupos sociales e individuos" (VASQUEZ, 1999).

señalan su indeseable carácter conflictivo. En Brasil, con la posibilidad de una solución judicial, la doctrina nacional siempre ha interpretado la huelga tras el pronunciamiento judicial como una "violencia inexplicable y absurda que subvierte el orden jurídico". En estos términos se expresó Heleno Cláudio Fragoso, renombrado profesor de derecho penal:

"La huelga es un proceso violento que no se entiende donde hay una función judicial, con el propósito principal de resolver los conflictos laborales. Después de la manifestación de la justicia, la huelga es, al menos, una falta de respeto al pronunciamiento judicial del Estado, más bien es una violencia inexplicable y absurda, que subvierte el orden jurídico, ya que tiene los medios para la resolución pacífica de los desacuerdos entre empleados y empleadores" (FRAGOSO, 1995, p. 557).

De hecho, la penalización de la huelga está incluida en la legislación brasileña como "delito contra la organización del trabajo" en el artículo 200 del Código Penal brasileño³¹⁰, donde la huelga se conceptualiza como "abandono colectivo del trabajo con la práctica de la violencia contra las personas o las cosas", considerando que dicho "abandono colectivo" se produce a través de la "competencia" de al menos tres empleados. Junto con la evidente inconstitucionalidad del artículo en cuestión, impresiona la vaguedad de la expresión que constituye "violencia contra una persona o una cosa", permitiendo un amplio margen de interpretación que no pocas veces admite el decreto preliminar de la ilegalidad de la huelga (y la determinación de la inmediata reincorporación de los huelguistas al trabajo) sin ninguna indicación concreta de

310 Código Penal, art. 200 – “Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Para que se considere coletivo o abandono de trabalho é indispensável o concurso de, pelo menos, três empregados”.

ningún acto efectivamente violento durante el curso de la huelga. La constatación de "daño a la comunidad" resultante de la huelga ya se considera una violencia que configura la abusividad de la misma.³¹¹

Las medidas de conflicto que, en sí mismas, constituyen un delito penal (sabotaje, por ejemplo), ciertamente no son justificables. Pero para ellos, el sistema legal ya prevé su represión, y no hay razón para establecer un tratamiento específico debido a su mera asociación fáctica con el movimiento de huelga. Además, si hay violencia durante la huelga, no se debe necesariamente a la ocurrencia de la misma. Mucho menos decir que cada huelga en la que se produce violencia es abusiva. Así, por ejemplo, con base en un registro de sucesos policiales que reportaron daños a los activos de las empresas, la TST justificó la declaración de abuso de la huelga:

"Los registros de violencia con daños a los bienes de la empresa no pueden explicarse como una reacción de la población o como desviaciones inevitables del ejercicio legítimo del derecho de huelga. Los actos de violencia, aunque sean moderados, con miras a la adhesión de los camaradas al movimiento, no se ajustan a los métodos de persuasión pacífica previstos en la Ley de Huelga (TST-SDC RODC 7700-31.2005.5.18.0000. Rel. Carlos Alberto Reis de Paula. 14/12/2006).

En este caso, como en tantas otras ocasiones, la duda legal contribuye a la subjetividad, activando el conocido prejuicio sobre el carácter intrínsecamente violento de la huelga que entra en juego a la hora de promulgar los límites dentro de los cuales puede producirse la huelga. Una comprensión estrictamente penalista de la materia

311 Así, en el caso (TST - COSUDE 49500- 52.2004.5.08.0000, Rel. Carlos Alberto Reis de Paula, julg. 17/11/2005): "GREVE". ABUSIVIDAD. ALEGACIÓN DE VIOLENCIA. (...) Para caracterizar la violencia alegada, se requiere la demostración de daños a personas y bienes, o al interés de la colectividad, que excedan las limitaciones expresamente previstas por la ley, de modo que, en este caso, la declaración de la abusividad de la huelga, así como la incidencia de las penas de las jurisdicciones laboral, civil y penal" - traducido).

debería, al menos en tesis, determinar, de acuerdo con el principio de legalidad de la ley penal³¹², un marco estricto para el tipo penal descrito en la ley. Así, según Rogério Tadeu Romano (2015), se configura el delito previsto en el artículo 200 del Código Penal:

“Em relação à pessoa, o crime não se configura com a violência para obter à adesão à greve. A violência (força física empregada sobre o corpo da vítima, não estando prevista a violência moral) deve ocorrer no curso da greve (em relação a policiais, patrões e terceiros). Por sua vez, a violência contra a coisa, que exige prova pericial, é a destruição ou danificação com quebras, arrombamentos etc. Mas há concurso entre o crime de greve violenta e o que resultar contra a pessoa ou patrimônio. Mas já se entendeu que o simples porte de armas brancas pelos piquetes grevistas não configura a violência prevista no artigo 200 do CP” (Revista dos Tribunais, 363/206).

Requiere dolo para el tipo subjetivo, involucrando la conciencia y la voluntad del uso de la violencia hacia la persona o la cosa. Se entiende que el delito no será practicado por los participantes que no conocen la violencia, ni la practican ni quieren o asumen el riesgo de producirla".

Sin embargo, los "actos violentos" en la jurisprudencia de los Tribunales del Trabajo brasileños no se configuran de una manera que el propio derecho penal conceptualice como comportamiento violento, sino que se extiende a un sentido común de la violencia, que termina por extender indebidamente el tipo penal, abriendo espacio para el decreto de la ilegalidad de la huelga y la responsabilidad penal

312 Principio aceptado por el Código Penal Brasileño en su artículo 1 (No hay delito sin una ley previa que lo defina, ni hay pena sin previa cominación legal". O, según el conocido broche legal, "nullum crimen nulla poena sine previa lege".

generalizada de los huelguistas³¹³. Al hacerlo, amplía indebidamente el tipo penal, en contra de la norma constitucional que define la huelga como un derecho - y por lo tanto no sería apropiado aplicar erróneamente la ley que regula la huelga como norma penal. Contra esto, ya advirtió Pontes de Miranda, refiriéndose a la Constitución de 1946:

"El derecho de huelga existe en la Constitución, los legisladores y otros poderes públicos no pueden restringirlo. Lo que la ley puede hacer es regular su ejercicio; ¿cómo se puede separar el derecho y el ejercicio del derecho de huelga? Aplicación de la ley penal ordinaria" (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 64).

Asimismo, en una interpretación "objetiva" (algo bastante cuestionable en el ámbito del derecho penal) la ley se aplica sin que el agente tenga conocimiento de la intención, anclándose en conceptos bastante problemáticos como "presunción de culpabilidad"³¹⁴ o "dominio de los hechos"³¹⁵. El derecho penal brasileño adopta la teoría restrictiva, según la cual sólo la persona que comete el delito es la que comete el delito descrito en el Código Penal.

313 "O dissídio coletivo não é a via judicial adequada para a responsabilização de sindicato por eventuais ilícitos praticados durante o movimento grevista em desfavor da coletividade. A declaração de abusividade da greve serve, em tese, como ponto de partida para se buscar, por via apropriada, a responsabilização e a reparação por danos ocasionalmente resultantes desse movimento. (TST – SDC RO 44-95.2017.5.11.0000 – Rel. Emmanoel Pereira, julg. 19/2/2019).

314 "O sistema jurídico penal brasileiro não admite culpa presumida, nem responsabilidade penal objetiva. *Nullum crime sine nulla poena sine lege*. Inteligência dos arts. 41 e 529 do Código de Processo Penal, e 5.º, LIV, LV e LVII, da Constituição da República. 5. Precedentes do STF, do STJ e deste Tribunal (TRF 5ª. Região, HC 2051 PB 0040520-84.2004.4.05.0000).

315 "La teoría alemana de la dominación final del hecho, que recientemente ha encontrado partidarios en Brasil, propone que es posible que un autor medie detrás de otro, con plena responsabilidad.

Sin embargo, la TST se ha pronunciado sobre el carácter abusivo de la huelga porque atribuye a los sindicatos la autoría de los "actos violentos" cometidos por los huelguistas. Así, por ejemplo, en el caso de las carreteras de Curitiba, teniendo como prueba artículos periodísticos y un "informe de huelga" preparado por la empresa que informaba que los autobuses que circulaban por la ciudad tenían las llantas desinfladas y que los huelguistas impedían la salida de los vehículos de la empresa en la puerta. No se identificó a nadie, ni se verificó la participación de los líderes sindicales en los incidentes. Así, se presumió la "culpabilidad", aunque el sindicato afirmó no haber determinado o apoyado los actos violentos, que se cometieron en ausencia de orientación sindical. De acuerdo con la decisión de la TST, "el argumento del sindicato de que trató de convencer a los trabajadores para que volvieran a trabajar no es válido, pero ellos se negaron; ya que el SINDIMOC representa a toda la categoría de conductores y recolectores y debe ser considerado responsable de los actos cometidos por aquellos que forman parte de él" (TST-SDC RO 5019-88.2015.5.0000, Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, sentencia 1/11/2016). La culpabilización del sindicato por todo y cualquier comportamiento de los huelguistas supuestamente violentos es algo incongruente, porque implica la penalización de todo un movimiento por las actitudes reprobables de una minoría.

Otra interpretación muy discutible se produce cuando, de manera técnica, se le atribuye como actos rutinarios "violentos" sin que una ley penal los defina como tales. Aquí se utiliza un sentido común de la violencia³¹⁶, sin observar los principios de

316 Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la violencia es el uso intencional de la fuerza física o el poder real o la amenaza de poder contra uno mismo, otra persona, o un grupo o comunidad, que resulta o tiene la

neutralidad fiscal y legalidad³¹⁷. Así, los tribunales laborales han entendido como "violencia física" la mera obstrucción del paso de los no inscritos con motivo de los piquetes de huelga, aunque en ningún momento se ha producido ninguna amenaza para la integridad o la salud corporal de los no inscritos. Cabe señalar que una interpretación tan amplia de los términos de la propia Ley de Huelgas (n. 7783/89) es bastante cuestionable, ya que en el apartado 3 de su artículo 6 sólo menciona que "las manifestaciones y los actos de persuasión utilizados por los huelguistas no podrán impedir el acceso al trabajo ni causar amenazas o daños a los bienes o a las personas". A menos que se demuestre el impedimento efectivo de acceso al trabajo -y no la mera obstrucción del paso- no se habla de incumplimiento de la ley de huelga³¹⁸. Mucho menos un "acto violento" que es importante para declarar una huelga como abusiva. Además, parece claro que las conductas tipificadas en la Ley 7783/89 como "abusos de la huelga" no constituyen en sí mismas delitos especiales, incluso porque, según el artículo 15³¹⁹, los excesos cometidos durante la huelga deben ser comprobados en virtud del derecho penal general.

La aplicación del derecho penal no exime del examen de las circunstancias concretas en que se produjo la conducta supuestamente delictiva, especialmente en lo

posibilidad de resultar en lesiones, muerte, daño psicológico, discapacidad del desarrollo o privación (OMS, 2002).

317 Al conceptualizar, por ejemplo, la violencia contra la mujer, la Ley 11.340/2006 define la violencia física en términos muy parecidos a los de la OMS: "toda conducta que ofenda su integridad o su salud corporal"

318 Véase la decisión del TST, fl. 326.

319 Art. 15 - "A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal".

que respecta a las situaciones que el propio derecho penal califica de "atenuantes" como una acción bajo la influencia de una emoción fuerte (Código Penal, art. 65, III). Como afirma Jorge Souto Maior (2015):

Las actitudes de los trabajadores, en el ejercicio de la huelga o en la construcción de la conciencia colectiva para implementar una lucha colectiva por mejores condiciones de trabajo, no pueden ser evaluadas como si estuvieran en un momento de conflicto contenido. No es racional suponer que los líderes sindicales o los dirigentes de los movimientos se dirijan a otros trabajadores en este momento de tensión sin expresar sus consignas, sin hacer discursos inflados y sin demostrar que sus acciones corresponden a sus líneas. (...)

Así, por actos practicados en la dinámica de una lucha, que llega al punto de confrontación por las estrategias silenciosas de represión del movimiento por parte de la patronal, los trabajadores en huelga son castigados por una comprensión invertida del orden jurídico y por la aplicación de normas que se dirigen a realidades estáticas y no al momento de efervescencia del conflicto, lo que representa, en términos concretos, negar la esencia misma del derecho de huelga".

Además, aunque haya algún tipo de violencia en los piquetes de huelga, no se puede responsabilizar a los huelguistas, ya que un buen número de los incidentes violentos son el resultado de la represión policial movilizada para contener las manifestaciones de protesta.

En cualquier caso, los actos aislados que constituyen una excepción no deben tomarse como regla³²⁰.

320 “O exercício do direito não se torna abusivo em função do excesso de conduta de alguns de seus participantes. Ademais, ilógico pensar em greve sem os chamados ‘piquetes’.(...) Diante disto e considerando a circunstância, alegada pelo Suscitado, confirmada por fotografias e admitida pelo Suscitante, de que as mobilizações foram feitas sob forte repressão policial, concluo que o fato de ter havido excesso na conduta dos grevistas de maneira isolada, em apenas uma empresa, enquanto o movimento se estendeu por várias outras, não caracteriza abuso do exercício do direito de greve” (SDC TST RODC 186200-11.2002.5.15.0000 –Rel. José Luciano Castilho, julg. 14/12/2004).

Por lo general, la invasión del establecimiento comercial también se capitula como "violencia por abuso de huelga" debido a la disposición expresa del artículo 202 del Código Penal³²¹. La mera lectura del título de un artículo de este tipo ("Sabotaje") debería hacernos conscientes de que el bien protegido es la "continuidad normal del trabajo", algo que, por definición, naturalmente deja de ocurrir en caso de huelga. Una ocupación como ésta no se parece en nada a una invasión con el objetivo de hacer ruido posesivo, pero es sólo una forma de que los huelguistas hagan más efectiva la paralización de los servicios. Así, Mbomio Nvó (2012, p. 147), entiende que las llamadas "huelgas salvajes" a menudo sólo son factibles cuando los huelguistas ocupan su lugar de trabajo. Esto no sólo porque hace más segura la posición de los huelguistas (evita el "lock out" y la acción de los "huracanes"; las máquinas y productos sirven como rehenes contra la represión), sino también porque "reúne a todos los huelguistas, garantizando prácticamente la autogestión colectiva de la lucha e insinuando la idea de la autogestión de toda la sociedad" (ibíd., p. 147).

Cuando la invasión se define como "entrada arbitraria y hostil" y la ocupación como "toma de posesión arbitraria con exclusión del dominus" (HUNGRÍA, 1959, p. 46), ¿cómo se puede entender como "arbitraria y hostil" la entrada del trabajador en su lugar de trabajo habitual (incluso si el contrato está suspendido)? O como "tomar posesión con la intención de excluir arbitrariamente al propietario" cuando, en

321 "Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem. Art. 202 - Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor".

realidad, lo que pretenden los trabajadores es sólo paralizar el trabajo en cumplimiento de lo decidido en la asamblea general de huelga. Así, la ocupación del establecimiento por los huelguistas, cuando se suspende el contrato, sin causar ningún daño y sin la intención de apropiarse de él y de las cosas que en él existen³²², no encaja con el tipo penal descrito, que pretende proteger contra actos de sabotaje.

Además, no se puede mantener que la ocupación violaría el "derecho al trabajo" de los no registrados. El derecho al trabajo incluye también el derecho de huelga y, por lo tanto, no hay necesidad de oponerse a estos dos derechos fundamentales, de pedir la existencia o no de un derecho individual para oponerse a una decisión colectiva. Por lo tanto, la cuestión de las huelgas con ocupación debe ser desestimada de los argumentos basados en el respeto de la libertad de trabajo (BAYLOS GRAU, 1981, p. 635), ya que se trata de un conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador (derecho de huelga y derecho de reunión) y el derecho de propiedad del empleador.

3.3 La huelga es más que un paro y más que una protesta

La huelga es un acontecimiento complejo, de gran repercusión social por sus consecuencias inmediatas y su inherente carácter colectivo, que abarca, entre otras, perspectivas sociales, económicas, políticas, jurídicas y psicológicas; todo ello girando bajo el gran eje de las relaciones laborales, en el que se discuten colectivamente profundos detalles del modelo económico y de las condiciones de vida de quienes

322 Cuando no hay "animus possedentis", es decir, no hay intención de tomar posesión, algo que sería diferente cuando se superan los límites de la acción persuasiva, lo que da lugar al control de las instalaciones (entrada y salida, ocupación de la central telefónica, etc.) o a la vigilancia de los equipos (FERNANDES, 1987, p. 69).

producen (MARQUES DE LIMA, 2014, p. 13). No es posible, por lo tanto, pretender reducirlo a una forma determinada o limitar este fenómeno al campo estrictamente laboral.

En la realidad práctica, la huelga nunca ha demostrado ser exactamente como la doctrina la diseñó, en la forma clásica de paralización total de la provisión de trabajo, con abandono del lugar de trabajo". Al tratarse de una acción directa, la huelga no se limitó a la fórmula clásica, y son bien conocidas las "formas atípicas" que siempre se han intentado presentar -en vano- como una clasificación exhaustiva, como si fuera posible congelar la creatividad humana a lo largo del tiempo. Siempre será posible encontrar nuevas formas de "actos de huelga" que, por esta razón, deberían ser desestimados como "acción directa de no huelga", un simple pretexto para excluirla de la protección constitucional.

Por lo tanto, uno puede al menos citar algunas de las llamadas huelgas "atípicas":

Huelgas con "brazos caídos" - los huelguistas permanecen sin trabajar, pero no abandonan el centro de trabajo. Existe una cierta similitud fáctica con la "huelga como ocupación" y la huelga parcial (de unas horas o unos días).

Huelgas articuladas - se realizan de manera que se maximice la huelga, afectando de manera diferente, en tiempo y forma, a los distintos sectores de la empresa, de modo que la parálisis de un sector acaba extendiéndose a otros; todo ello con la menor participación de los trabajadores que permanecen inactivos. Por lo tanto, los trabajadores sufren menos el impago de los días de huelga y están menos expuestos a las represalias del empleador. Uno de los tipos más conocidos es la "huelga

estratégica", que al paralizar sólo los sectores vitales de la empresa, permite un mayor daño a la empresa con un menor sacrificio para los trabajadores. Se ha denunciado repetidamente como abusivo debido a los daños desproporcionados que ha sufrido el empleador³²³. También puede aparecer en forma de "huelga rotativa"³²⁴, cuando los paros se producen y se articulan de forma imprevista, afectando a varios sectores de la empresa de forma rotativa, desorganizando la producción. El STC cree que en tales casos, habría "abuso" porque los huelguistas pudieron obtener la participación en el plan de huelga de trabajadores inescrupulosos y porque causaron un "daño desproporcionado" al empleador, afectando la producción normal por más tiempo que la duración de la huelga. Finalmente, en la "huelga intermitente", los períodos de suspensión son variados, intercalados con períodos de actividad. En éstos, al no estar expresamente mencionados en la legislación española (artículo 7.2 del Real Decreto), existe una presunción de legalidad, y corresponde al empresario demostrar cualquier circunstancia que pueda probar un uso abusivo (STC 41/1984).

Huelga de celo o regulación y huelga de tortugas - no se presume la paralización del trabajo, sino que se lleva a cabo deliberadamente de forma lenta o en estricto cumplimiento de las regulaciones del servicio, obteniendo el mismo efecto de ralentizar la producción³²⁵. También se considera abusivo porque se pretendería

323 Algo que todavía es curioso. Aparentemente este tipo de huelga está prohibida por ser "demasiado eficiente"...

324 En Brasil, apareció en las legendarias huelgas de metal del ABC (1978-1985), siendo llamado, en la época, "huelga vaca braba". En España, la huelga rotativa está prohibida en el art. 7.2 del RDLRT 17/1977 y expresamente mencionada como abusiva por la STC 11/1981 de 8 de abril.

325 En Brasil, esta ha sido la principal forma de huelga utilizada por los funcionarios públicos vinculados a la supervisión sanitaria y aduanera, y se denomina "operación estándar". Exactamente porque los inspectores no

simular un comportamiento de buena fe en el cumplimiento del contrato de trabajo - y así no caracterizar el acto de huelga, no sufriendo el descuento del salario. Caracterizar el comportamiento abusivo del huelguista sería precisamente una diligencia excesiva en el cumplimiento escrupuloso de la normativa de la empresa. Esta posición jurisprudencial también puede ser criticada, porque no hay razón para considerar cualquier violación de la buena fe o la simulación, ya que es sólo una de las muchas maneras de llevar a cabo la huelga (sólo que, en este caso, con menos productividad o mayor diligencia de lo habitual). Vale la pena recordar con Vida Soria (2004, p. 284) que la huelga es precisamente un "fenómeno social de no-cooperación", sin exigir que dicha no-cooperación tenga que tomar la forma de un cese total de trabajo.

De hecho, la "huelga clásica" ya no parece proporcionar un juego político equilibrado entre fuerzas razonablemente iguales; es eficaz para la distribución de la riqueza social y construye una colaboración dinámica en medio del conflicto inherente entre las clases sociales. De hecho, este modelo sólo demuestra ser, aunque pálido, eficiente en períodos económicos de abundancia o en sociedades menos asimétricas, en las que las fuerzas sociales, el capital y el trabajo, se presentan con un cierto grado de equilibrio. En la realidad de un mundo globalizado, en permanente crisis económica desde 2008, sin esperanza de superarla, lo que vemos, en general, es el surgimiento de huelgas que estallan espontáneamente con una fuerza inusual, incluso la revelación de entidades sindicales.

hacen más que cumplir con las normas legales, todas las pretensiones de enmarcar tal comportamiento como "abusivo" han fracasado.

La "huelga clásica" sólo se explica en su totalidad, en toda su plasticidad e higiene teórica, en situaciones muy concretas, no sirviendo como modelo universal. Este modelo, producto del siglo XX, ya no es satisfactorio en el siglo XXI, en el que los profundos cambios han impactado fuertemente en la sociedad, cambiando el contexto en el que la huelga podría ocurrir, la forma en que podría expresarse, los intereses que podría defender y los resultados que podría alcanzar.

Ya no es posible pensar en "huelgas típicas" en las que, idealmente, un gran número de trabajadores, conviviendo en las mismas condiciones de trabajo en una empresa de tipo fordista, trabajen generalmente codo con codo en un solo centro de trabajo, dirigido por una organización sindical vertical, en la que el universo reivindicativo se limite al ámbito de la mejora de las condiciones económicas en los contratos de trabajo. Por el contrario, es urgente pensar en un concepto de huelga lo suficientemente amplio como para dar cabida a las llamadas "huelgas atípicas", como se hace en el caso de las huelgas que no encajan con la huelga clásica (paralización concertada de los servicios durante un período continuo y con abandono del lugar de trabajo). Por el contrario, es urgente pensar en un concepto de huelga lo suficientemente amplio como para dar cabida a las llamadas "huelgas atípicas", como se hace en el caso de las huelgas que no encajan con la huelga clásica (paro de servicio concertado durante un período continuo y con abandono del lugar de trabajo).

Además, es necesario pensar en huelgas que, superando el marco nacional, afecten a los trabajadores de varios países de una misma región e incluso de todo un continente, que puedan enfrentar el inmenso y hasta ahora incontrolable poder de las empresas transnacionales. Desde el Congreso de Atenas, la reivindicación de la

regulación de las llamadas "euro huelgas"³²⁶ como "instrumento antidumping" está en el orden del día del movimiento sindical europeo, es decir, “como forma de reacción colectiva a la violación del principio de territorialidad en las condiciones de trabajo en el curso de la prestación de servicios transnacionales (...) Los sindicatos europeos han abierto así una "nueva frontera", la de la dimensión europea, considerada como un todo y no como la suma de sus problemas nacionales. "(BAYLOS GRAU, 2019).

326 Se mencionan cuatro tipos de "eurohuelgas": las huelgas de solidaridad sectorial; las huelgas sociales antidumping; las huelgas contra las medidas reglamentarias adoptadas por la Unión Europea; y, por último, las huelgas en las empresas europeas de alcance transnacional (BAYLOS GRAU, 2019).

3.4 La lucha se mueve en campo de la comunicación

3.4.1 La libertad de expresión y el derecho de reunión son inseparables del derecho de huelga.

Los derechos fundamentales de la libertad de expresión y de reunión³²⁷ son siempre especialmente relevantes para el ejercicio del derecho de huelga, lo cual es particularmente cierto para los nuevos tiempos, cuando se han convertido en los principales instrumentos de las nuevas huelgas, cuando la paralización del trabajo pasa a ser secundaria a la denuncia y la protesta pública, que se han convertido en la principal forma de presión de los trabajadores sobre el empresario y los poderes públicos para satisfacer sus demandas.

El derecho de reunión, considerado de forma aislada, tiene una dimensión individual que entra en el ámbito más amplio de la autorización general de que todo puede hacerse siempre que no esté prohibido por la ley (art. 5, II de la Constitución), de la que se puede deducir la posibilidad de que el individuo se asocie libremente "con otras personas para un fin lícito". El derecho de reunión también está vinculado al derecho de los ciudadanos a participar en la vida social y política y, por lo tanto, se ejerce necesariamente de forma colectiva. El derecho de reunión "se califica así tanto como un derecho individual como una garantía colectiva, ya que consiste tanto en la posibilidad de que ciertos grupos de personas se reúnan para expresar libremente sus

327 Aquí se aprovecha parte del trabajo realizado sobre el tema del derecho de reunión presentado en la Clínica de Derechos Humanos Uniritter.

pensamientos, como en la libre elección del individuo de participar o no en esta reunión" (MORAES, 2005, p. 67). En esta dimensión colectiva, el derecho de reunión está vinculado a la libertad de expresión, siendo merecedor de especial consideración por parte del legislador constituyente, ya que, en esta condición, constituye un importante instrumento de promoción del amplio debate público, indispensable para el Estado democrático de derecho.

La libertad de expresión, por otra parte, constituye "una garantía esencial para el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana", ya que permite a cada individuo "interactuar con sus semejantes, tanto para expresar sus propias ideas y sentimientos como para escuchar los expresados por otros, lo cual es vital para la realización existencial" (SARMENTO, 2013, p 252).

La libertad de expresión y el derecho de reunión sólo se logran a través de un "espacio público abierto, plural y dinámico" (ibíd., pág. 152), en el que se produce una libre confrontación de ideas, y por lo tanto puede decirse que la protección constitucional de la libertad de expresión y el derecho de reunión tiene por objeto proteger no sólo al individuo, sino a la propia sociedad. El derecho de reunión, en estos casos, actúa como un "derecho de reunión", incluso en términos de permitir que la sociedad civil influya en el proceso de toma de decisiones en curso en los órganos de gobierno, e incluso como un instrumento de control del poder político por parte de la ciudadanía. De ahí que la libertad de reunión fuera identificada por José Celso de Melo Filho como un "instrumento de libre manifestación del pensamiento, incluyendo el derecho a la protesta y al desacuerdo" (MELLO FILHO, 1977, p. 164). En una

decisión del STF en la que fue ponente (ADIN n. 1969/2007), el actual Ministro del STF trae el pensamiento de Abe Fortas, famoso jurista liberal americano³²⁸:

"El ciudadano tiene protegido por la constitución el derecho a criticar, aunque sea desmedidamente; a protestar, aunque sea violentamente; a llevar a otros a su causa, y, juntos, a reunirse pacíficamente. El Estado no sólo debe respetar estos derechos, sino también abstenerse de castigar su ejercicio. El Estado está obligado, si es necesario, a enviar tropas policiales o militares para proteger la marcha. El Estado no sólo debe respetar estos derechos, sino también abstenerse de castigar su ejercicio (...) El Estado está obligado, si es necesario, a enviar tropas policiales para proteger la marcha" (subrayado por Celso de Mello).

En la lección del actual Ministro del Tribunal Supremo, el derecho fundamental de reunión está garantizado constitucionalmente a todos los brasileños y extranjeros residentes en el país, y puede ejercerse independientemente de la licencia previa, sin que los agentes políticos puedan, bajo pena de responsabilidad penal, intervenir, restringir, acortar o disolver una manifestación pacífica, sin armas, convocada con un fin lícito; el Estado tiene el deber de garantizar a las personas el libre ejercicio del derecho de reunión, protegiéndolas, incluso contra quienes se oponen a la reunión.

La libertad de expresión y el derecho de reunión se encuentran en un alto nivel axiológico, formando el conjunto de los fundamentos estructurales de la democracia (MENDES, 2013, p. 437).

En el actual contexto político nacional, las manifestaciones son importantes vías para la participación política ciudadana y el debate político amplio, indispensables para la vida democrática. Además, se reconoce un "derecho subjetivo a transmitir

328 Referência bibliográfica citada en el: FORTAS, Abe. "Concerning dissent and civil disobedience".

ideas y a exteriorizar el pensamiento, que es esencial para la formación de la opinión pública en los Estados democráticos y presupone la consecución de otros derechos, como el de la información; esto puede verse, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. XIX) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19). Es, por lo tanto, un instrumento comunicativo por el cual el ser humano reafirma su autonomía intelectual y, simultáneamente, influye en la autodeterminación de la colectividad" (SANSON, 2013, p. 167).

La amplia libertad de expresión y el derecho de reunión integran el derecho mismo de la libertad sindical y son instrumentales para ello. También son inseparables del derecho de huelga y no pueden prohibirse por supuestos abusos o ilegalidad de la huelga, ya que son por sí mismos esenciales e indispensables para una sociedad democrática y pluralista.

Además, cuando la manifestación tiene lugar en el curso de la huelga, la libertad de expresión también se concibe como una expresión de la libertad sindical, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia *Syndicat de la Police de la République Slovaque et autres x Slovaquie*, 25/9/2012, según GOMES, 2017, p. 161).

3.4.2 LA BATALLA POR LA OPINIÓN PÚBLICA

Para la suerte de los movimientos reivindicativos, la opinión pública siempre ha sido importante, como lo demuestra una larga tradición de "boicot", es decir, la promoción de campañas de abstención voluntaria e intencional de usar, comprar o

tratar con una persona, organización o país como expresión de protesta, generalmente por razones sociales y políticas³²⁹. El boicot, al denunciar las condiciones de trabajo injustas y movilizar a la población para que apoye explícitamente al movimiento, es sin duda una poderosa fuerza de cambio, como lo demuestran emblemáticamente las campañas contra el trabajo infantil en las que participaron las empresas de Nike en 1999.

El boicot y el sabotaje pueden ser considerados como "acciones directas" que, junto con las "huelgas generales", caracterizaron los primeros días de la huelga industrial. El objetivo era sacudir al empresario material y moralmente, pero sobre todo influir en la opinión pública para apoyar las demandas de los trabajadores³³⁰. El sabotaje, hoy en día, pertenece a la historia del movimiento obrero (lúdico, maquinaria, quema de lugares de trabajo, destrucción de equipos y materias primas), siendo caracterizado como violencia y crimen. El boicot todavía encuentra espacio³³¹ y puede ser considerado una forma eficiente de acción directa que, junto con la huelga, también busca influir en la opinión pública.

Según Ronald Amorim e Souza (2007, p. 49), citando a Helène Sinay y Jean-Claude Javillier, la huelga, en un primer momento, sirvió para presionar a la patronal;

329 La palabra viene del apellido del capitán irlandés Charles Boycott que, durante la "Guerra Agraria", condenó al ostracismo a sus trabajadores por maltratarlos.

330 El boicot, hoy en día, ha encontrado grandes limitaciones debido al principio de "buena fe contractual" que entiende como una violación del deber de lealtad del trabajador de criticar públicamente la calidad de los productos o servicios de la empresa.

331 En forma de "sello sindical" o "etiqueta", los sindicatos norteamericanos practican una forma de boicot, ejerciendo un control de calidad sobre los productos de las empresas, propagando aquellos que cumplen correctamente con la legislación, incluso en relación con las normas de seguridad e higiene. En la práctica, funciona como un certificado de que la empresa mantiene buenas relaciones con el sindicato.

en un segundo momento, sirvió para reclamar la atención de los poderes públicos y, hoy en día, en un objetivo más destinado al interés social, buscando la sensibilización de la opinión pública sobre los problemas que aquejan a los trabajadores.

En los últimos tiempos, la importancia de la opinión pública para el éxito de la huelga ha aumentado aún más. Es difícil hablar de la importancia de los medios de comunicación, que hoy en día están concentrados en poderosos conglomerados mediáticos a nivel mundial, formando monopolios que, debido a su poder de influencia, amenazan el propio estado democrático de derecho (FONSECA, 2010, p. 15-6). En estas condiciones, el peso de los medios de comunicación influye poderosamente en la conducta de los actores sociales en la huelga y en la propia conducta de los poderes públicos.

Además, es necesario poner en contexto que dicha influencia mediática se produce en una realidad en la que la imagen del trabajo y del trabajador ya está bastante desgastada. En un mundo en el que el trabajo es cada vez menos valorado y en el que el poder sindical está en constante proceso de ser eliminado como poder social, el poder de los empresarios ha aumentado significativamente, y ahora se le da prioridad en las políticas públicas por encima de los intereses inmediatos de la mayoría de la población³³².

Al mismo tiempo, debido al vacilante individualismo de la época actual, la imagen misma del trabajador pierde espacio para una "ética empresarial" que, a pesar de su realidad de trabajador precario, descrea del valor de la fuerza colectiva y

332 Como lo demuestra la "solución" que se encontró a la crisis financiera de 2008, cuando, con el pretexto de salvar la economía, el Tesoro de los Estados Unidos cubrió 145.000 millones de dólares en deudas de bancos y empresas técnicamente en bancarrota que, por ser demasiado grandes, no podían quebrar (WINCKLER, 2010).

desprecia a los sindicatos. Analizando el reciente fenómeno del "empresario precario", Evelise Pinheiro de Oliveira (2016, p. 222) señala el debilitamiento del apoyo que las instituciones sociales como la familia, la iglesia y la clase social proporcionaban al individuo en el sentido de permitirle tener una cierta comprensión del presente y una relativa certeza del futuro (BARBOSA 2009, apud Pinheiro OLIVEIRA, ídem, p. 222), le obliga a aferrarse a sí mismo.

"Existe, por tanto, una falta de protección de la red social, [que] hace imposible que el trabajador planifique el futuro en la esfera privada y piense en los intereses comunes, lo que hace que la construcción de vínculos colectivos duraderos se debilite cada vez más. Tal vez por ello, este emprendedor reproduce a gran escala los mismos ideales precarios de trabajo, "el emprendedor asume como propios los objetivos reproductivos del sistema" (Antunes, 2009, p. 49)".

La huelga es vista ahora como la inconformidad de los "privilegiados" que se niegan a trabajar más y así colaboran con el progreso social. De esta manera, el coro de los que se oponen a las huelgas y a los sindicatos³³³ se une, hasta el punto de cuestionar la supervivencia misma de los sindicatos.

Por supuesto, no se puede esperar que la huelga tenga la simpatía de la población, porque difícilmente será entendida y aceptada³³⁴. Ni siquiera la huelga socialmente legítima es favorable a la población. Por lo tanto, la legitimidad de la huelga no se mide con encuestas. Sin embargo, hay que reconocer que el éxito de las

333 No parece haber duda de que el actual gobierno brasileño, a través de sus declaraciones, propuestas legislativas y medidas gubernamentales, entiende que los sindicatos ya no tienen sentido en un entorno de "libertad económica" (ROCHA, 2019).

334 "Nadie está satisfecho con ninguna huelga. Ni los propios huelguistas, ni sus familias, ni sus amigos" (MARQUES DE LIMA, 2013, p. 22).

reivindicaciones depende cada vez más de la simpatía, aunque sea parcial y difusa, de la huelga con la población. La fuerza tradicional de la huelga, que antes descansaba en la capacidad de causar daños materiales a la producción, se traslada al campo simbólico, a la fuerza política de los huelguistas al causar daños a la imagen de la empresa. Esto no significa que la huelga no cause daños materiales al empleador. Al contrario: las pérdidas pueden ser mucho más significativas y son causadas por el compromiso del que hoy es el más valioso activo de la empresa moderna, exactamente lo que en el mundo de los negocios se denomina "valor de marca" ("branding"³³⁵), uno de los factores decisivos para el éxito de las empresas.

Por eso Wolfgang Däubler (apud GOMES, 2017) entiende que, si bien el derecho laboral no suele tratar temas como la movilización de la opinión pública, puede convertirse en un instrumento de presión, y su movilización puede ser más fácil y eficaz que las formas tradicionales de lucha colectiva. La huelga, en cierta medida, se convierte en el vehículo de publicidad de los huelguistas, denunciando la tiranía del empresario, su insensibilidad social, el incumplimiento de la legislación, la explotación del empresario, la falta de diálogo, la falta de compromiso medioambiental. Tales denuncias a menudo tienen el potencial de dañar la imagen de la empresa, lo cual, económicamente, puede ser más significativo que el paro productivo.

Así, las empresas se esfuerzan por presentarse ante el público como socialmente responsables, siendo profundamente perjudiciales para su imagen (y su negocio)

335 El "branding" se ha convertido en una de las prioridades de las empresas en la última década debido a la creciente comprensión de que las marcas son uno de los activos intangibles más valiosos que poseen las empresas (KELLER; LEHMANN, 2006 apud OLIVEIRA: LUCE, 2011).

cuando esto está asociado a la imposición de condiciones laborales precarias a sus trabajadores o a la intransigencia en la evaluación de sus reclamaciones. En un mundo en el que el poder es cada vez más simbólico (BOURDIER, 1989), la comunicación en red³³⁶ está ganando importancia como protagonista de los medios sociales, creando un nuevo tipo de activismo: el "ciberativismo"³³⁷. Este espacio privilegiado comienza a ser utilizado por los trabajadores en sus luchas, en nuevas formas de acción directa.³³⁸

En la batalla por la comunicación, uno de los puntos más relevantes es precisamente llamar la atención de la población sobre la realidad de las condiciones de trabajo, lo cual, en general, sólo es posible después de que haya estallado la huelga. Así, la ocurrencia de la huelga se convierte en la gran oportunidad para que las demandas de los trabajadores sean conocidas y debatidas por la comunidad, algo que, sin el uso de este dramático incidente, no ocurriría.³³⁹

336 El nuevo sistema de comunicaciones, basado en la integración en red digitalizada de múltiples modos de comunicación, transforma radicalmente el tiempo y el espacio, dando lugar a una "cultura de la virtualidad real", que trasciende e incluye la diversidad de los sistemas de representación transmitidos históricamente (CASTELS, 2000).

337 Movimientos de acción directa, con prácticas sociales y comunicativas específicas, que explican una red de relaciones y nuevos conflictos sociales donde se presenta un nuevo tipo de participación basado en la construcción de redes informativas y la difusión de información en la red con el objetivo de defender las causas sociales (DI FELICI, 2012, p. 34).

338 Como ejemplo, el uso por parte de un grupo de enfermeras de Lisboa y Oporto de la red social "Facebook" en su lucha por la no reducción de los salarios. El grupo, al principio informal y secreto, pronto se formalizó para la negociación colectiva y para la difusión y organización del movimiento en una estrategia de conquista de la opinión pública, disputando simultáneamente en el debate público, en el campo legal y en el campo político (COSTA: DIAS; SOEIRO, 2014).

339 En realidad, la población sólo toma conciencia de la realidad laboral, en toda su potencialidad conflictiva, en la última etapa, "cuando el conflicto sale del ámbito laboral, una vez superados los intentos de negociación, e inunda la calle" (MARQUES DE LIMA, 2013, p. 22).

Esta ampliación de la expresión sindical también es importante para ampliar el debate público sobre las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores en general, lo que implica una politización de las huelgas, algo que hace que el cerco de la llamada "huelga política" carezca aún de sentido.

Un papel importante en estas estrategias está también reservado a la prensa tradicional, que mantiene una relevancia considerable en la formación de la conciencia colectiva³⁴⁰.

En este caso, sin olvidar que se trata de un sector dominado por monopolios privados³⁴¹, hay que señalar el sesgo con el que los medios de comunicación tratan las huelgas, censurándolas casi invariablemente como innecesarias, inesperadas, inoportunas y violentas.

No debe escandalizar la afirmación de que los medios de comunicación tradicionales (radio, televisión, periódicos), en general, actuando bajo la lógica de las empresas privadas, tienden a la parcialidad, ignorando la huelga como un derecho esencial de la socialdemocracia -y, volviendo al pasado, caracterizándola como un recurso antisocial y, no pocas veces, reclamando la intervención pública para su contención, la pronta represión y el castigo ejemplar de los huelguistas. Debido a la presión de los medios de comunicación, se presentan peculiares concepciones de 'interés público' que coinciden totalmente con el interés del empleador de mantener su

340 "Los medios de comunicación tradicionales siguen ejerciendo un poder demasiado importante como para ser simplemente ignorados" (DE LIMA, 2010).

341 Algo particularmente grave en Brasil con la concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos propietarios, lo que conduce a una escandalosa asimetría: "Los pobres y excluidos siguen sin voz y los medios de comunicación de masas siguen escandalosamente concentrados en manos de un número muy reducido de personas, que por lo general mantienen relaciones promiscuas con los gobernantes" (SARMENTO, 2007).

empresa en funcionamiento - ahora redescubierto como de importancia social que suplanta el interés 'meramente privado' de los huelguistas y del sindicato. Las raíces del conflicto no están expuestas, sólo la urgencia social del fin de la huelga, independientemente del éxito o fracaso de la negociación, se presenta en tono de alarma.

Los medios de comunicación suelen presentar la huelga como un adversario de la sociedad, incluso como el fruto de una acción irrazonable de los sindicatos (MARQUES DE LIMA, 2014, p 15). De esta manera, de manera aumentada y distorsionada, se presentan los conflictos³⁴²; se ocultan las razones de los huelguistas; se magnifica el daño causado por la huelga; se victimiza a los empleadores y se estigmatiza a los huelguistas. Si hay abusos por parte de los huelguistas, se exageran, mientras que las causas de la huelga se olvidan. Se crea un clima de falta de voluntad en la sociedad contra la huelga, lo que favorece que la sociedad se alíe con las razones del empleador.

El propio lenguaje utilizado es más apropiado para un corresponsal de guerra que para un observador de un fenómeno social.

"La valoración negativa de la huelga se manifiesta, por ejemplo, en la terminología que se usa para referirse a ella. Por cierto, y no por casualidad, frecuentemente militar asimilando a la huelga a un conflicto armado y hablándose de la misma en términos de confrontación, de armas, de lucha, de imposición de condiciones, de conquista, de rendición, de alteración de la normalidad productiva, de armisticios y de afectación a la paz social. Por no hablar de la habitual asociación de la huelga con

342 Estos informes entran en la categoría que Herbert J. Gans define como "noticias de desorden social", en el sentido de que "las marchas y manifestaciones son, desde cierto punto de vista, acciones de protesta, pero los medios de comunicación casi siempre las tratan como amenazas potenciales o reales al orden social" (GASPAR, p. 44).

la violencia sobre todo cuando se hace referencia, en contraposición, a la solución pacífica de los conflictos, olvidando que la huelga no es una forma de solucionar el conflicto sino una manifestación de él. Pero es así en la medida en que se entiende que la huelga implica siempre, por lo que tiene de generación de un daño a los intereses de los empresarios, un elemento de fuerza y de imposición de condiciones contrario a un modo civilizado de solución de los conflictos sociales" (GONZALO ORTEGA, 2017).

La lista de temas presentados por los medios de comunicación sobre el daño social causado por la huelga a desarrollar, generalmente en informes cuidadosos y comentarios corrosivos, es variada, pero en general repiten los "requisitos" de la huelga clásica, resignados en el lenguaje periodístico: la huelga sorpresa como deslealtad al empresario y a la población en general; la huelga poco representativa, decidida por una minoría e impuesta a un grupo de trabajadores que de otra manera se resignarían a seguir trabajando; la huelga intempestiva, resultado de la falta de diálogo y de la incapacidad de los huelguistas para presentar sus demandas a tiempo; la huelga artificialmente politizada, con postulados que no pueden ser cumplidos por el empresario; la huelga violenta, que sólo se sostiene por la violencia de los piquetes y el irrespeto a la libertad individual y al derecho al trabajo; la huelga socialmente insensible a las necesidades de la población; la huelga interminable ("huelga hasta la muerte"), fruto de la intransigencia de los huelguistas en la negociación; por último, la huelga criminal, que constituye un abuso del derecho de huelga, la huelga de las protestas violentas; la criminalización de la huelga como un deber de las autoridades.

Con mucha propiedad, MARQUES DE LIMA (2013, p. 18-19) señala cómo el sesgo de la prensa en general puede ser decisivo en el destino del movimiento huelguístico, ya sea sesgando los hechos u omitiendo los hechos, haciendo invisible el conflicto. En palabras del autor, "se crea un telón que no se levanta adecuadamente: la situación del trabajador, las desigualdades en el trabajo. Así, se dejan de lado las verdaderas razones del conflicto; el mobiliario de la paralización, porque "la huelga es el único modo de hacerse oír" (ibidem, p. 19).

La influencia de los medios de comunicación también se ejerce sobre el Poder Judicial, algo que parece ser muy dudoso, al menos en Brasil, donde la prontitud y la contundencia de las decisiones judiciales que, sin grandes cuestionamientos, decretan el abuso de la huelga parece responder simétricamente a la agresiva presión mediática contra la huelga y los huelguistas (MARQUES DE LIMA, 2014, p. 17).

En el caso de Brasil, un mal-uso del recurso judicial de "interdicción prohibitiva" es un ejemplo elocuente de cómo la presión mediática se convierte en decisiones desfavorables a las huelgas. En este caso, se trata de una aplicación irrazonable por parte de los empleadores de un instituto de derecho procesal destinado a mantener la posesión de la propiedad privada³⁴³, utilizado como instrumento legal para impedir la formación de piquetes y manifestaciones sindicales en las puertas de sus empresas. Así, precedidos por una intensa campaña mediática en la que la inminente huelga se presenta como una seria amenaza para la sociedad, los empresarios acuden a los tribunales con el pretexto del riesgo de escándalo por posesión. El objetivo, por parte de los empresarios, es anticipar el inicio de una huelga convocada por el sindicato de trabajadores, obteniendo una medida cautelar, es decir, una orden judicial que prohíba de antemano la formación de piquetes o manifestaciones que tengan lugar para concretar el movimiento paredista aprobado en las asambleas sindicales. De esta manera, legitiman la participación de los aparatos policiales en la disolución de piquetes y manifestaciones, y también imponen onerosas multas que tienen como objetivo, en verdad, lograr la independencia económica de los

343 "La concesión de interdicciones prohibitivas en situaciones de huelga se basa en una visión notablemente patrimonialista y policial de las relaciones laborales" (SANTOS, 2011, p. 549).

sindicatos. (CRIVELLI, 2009, p. 1416). El uso repetido y abusivo de tal expediente en todo el país llevó a la TST, en una acción colectiva, a condenar a ocho bancos a pagar una indemnización al sindicato de bancos de Minas Gerais (TST - RR 25384090.2006.5.03.0140, Rel. Vieira de Mello Filho, 4/6/2014).³⁴⁴

Tan grave es el peculiar fenómeno de la constitución de la prueba judicial a través de la transformación de hechos mediáticos en "hechos notorios":

"Los ataques a la huelga, las noticias repetidas en la prensa, con fotografías escogidas a dedo e imágenes seleccionadas de forma adrede, terminan por hacer públicos los acontecimientos desde la perspectiva empresarial y socavan los procedimientos judiciales, hasta el punto de convertir los hechos en "notorios", es decir, conocidos por todos". (MARQUES DE LIMA, 2014, p. 18).

Existen numerosas decisiones judiciales que, con base en la legislación procesal brasileña que exime de la prueba judicial de hechos notorios (artículo 334, inciso II del Código de Procedimiento Civil), declaran una huelga abusiva basada únicamente en noticias periodísticas, entendiendo como tales los hechos plenamente probados que se divulgan en la prensa. Sin embargo, no hay que confundir los hechos notorios con los hechos notorios. Como dice Nelson Palaia, citado por el Marqués de Lima (2013, p. 18), "un hecho notorio es aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura de un círculo social en el momento en que produce la decisión. Así, la notoriedad es la calidad de ciertos hechos tan conocidos e indiscutibles que la exigencia de su prueba no aumentaría en lo más mínimo la convicción que el juez y las partes tienen de su

344 Los bancos interpusieron 21 acciones (medidas cautelares), basadas en la defensa de la posesión de los establecimientos bancarios durante las huelgas, afirmando que buscaban garantizar la libertad de ir y venir de los empleados y clientes. La remuneración fijada fue de R\$ 50.000 por cada una de estas acciones, totalizando más de R\$ 1 millón, a favor del Sindicato de Empleados de Establecimientos Bancarios de Belo Horizonte y de la Región (ANEXO 5).

verdad. Además, continúa el autor, "la notoriedad del hecho no implica que sea cierto, ni tampoco los detalles circunstanciales en los que se produjo, especialmente cuando la prensa se lo imagina, inspirada por el sensacionalismo".

Sin embargo, en muchos juicios se han admitido pruebas judiciales:

- fotos de periódico que muestran piquetes de huelga frente a las puertas de los centros de trabajo para demostrar el bloqueo de fotos de periódico no grabadas;
- artículos periodísticos que afirman que la huelga fue lo suficientemente total como para demostrar el incumplimiento de las decisiones judiciales de mantener un porcentaje mínimo de actividad artículos periodísticos;
- comentarios de los periodistas para demostrar que hubo actos violentos por parte de los huelguistas;
- videos presentados en la televisión para mostrar que hubo depredaciones y daños materiales atribuibles a los huelguistas.

En todas estas decisiones no se cuestiona si los artículos periodísticos tomados como prueba judicial fueron completos o se llevaron a cabo de manera imparcial. Se considera que son verdaderas e incluso indiscutibles, como lo demuestra la decisión del TST:

“É público e notório que todo o transporte intermunicipal e metropolitano se encontrae paralisado, exclusivamente, por ato do sindicato da categoria profissional, (...) como julgadora não posso ignorar o que toda a imprensa noticia, inclusive, porque é fato corrente na comunidade o que está acontecendo, razão pela qual declaro abusivo o movimento grevista (..) Em face do descumprimento da determinação judicial no que diz respeito ao percentual mínimo de funcionamento do serviço, fato notório registrado na mídia, que noticia, inclusive, o sofrimento por que vem passando a população, efetue-se, de logo, o bloqueio on line da importância de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), referente aos dias 23/05, 24/05 e 25/05, em contas de titularidade do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia” (TST-SDC-RO-544-08.2012.5.05.0000, Rel. Walmir Oliveira da Costa, jul. 12/8/2013).

Una narrativa política favorable a los empresarios³⁴⁵ se toma como exenta y realista, sin que los trabajadores a menudo dejen de contrarrestar sus ideas y presentar su versión de los hechos.

Un nuevo punto de vista sobre la huelga podría incluir algunos mecanismos de "derecho a la defensa" - como los garantizados a los partidos políticos por la legislación electoral, de modo que los trabajadores puedan tener alguna oportunidad de construir sus propias narrativas en la batalla mediática.

Finalmente, se resume la importancia de la correcta comunicación de la huelga con la declaración poética de Márcio Túlio Viana (2009, p. 107):

"La huelga es también un medio de conversación y de denuncia. A través de ella, los trabajadores cuentan a la sociedad lo que sucede dentro de las cuatro paredes de la empresa y revelan al empleador el grado de su indignación. A cambio, reciben de estos interlocutores -a través de sus propios discursos- palabras o gestos de apoyo o indiferencia, revuelta o represalia".

345 "La relación se hace más compleja en la medida en que el propio campo mediático no es autónomo, ya que incorpora, en parte (significativa, de hecho), objetivos derivados del campo económico. (...) En este caso, la colonización de la empresa de medios de comunicación por la lógica económica no se produce bajo la forma de la lucha por el mercado, sino de la búsqueda deliberada de ciertos resultados políticos" (MIGUEL, 2002, p. 181)

3.4.3 NUEVAS FORMAS DE PROTESTA Y DE MOVILIZACIÓN

Los piquetes como la cara de la huelga

La función original y más emblemática del "piquete informativo" es asegurar la eficacia de la huelga, obteniendo la adhesión a la misma del trabajador, que hasta el último momento se mantuvo indiferente al conflicto.

Los piquetes son el alma y la mejor expresión de la huelga, donde la voluntad de luchar se hace real y concreta de un colectivo de trabajadores que se reconocen unidos por un lazo social común y llevan la esperanza de construir un mejor futuro común.

El piquete es más que un instrumento de la huelga, siendo en sí mismo un elemento importante de la misma y, de forma autónoma, una forma de expresión colectiva de los trabajadores y del ejercicio del derecho de reunión. La expresión emblemática de un movimiento de huelga, al menos en el momento en que este movimiento en general se hace visible y se da a conocer a la sociedad en general es cuando aparecen los "piquetes de huelga" o las "comisiones de convencimiento", como se denominan en la legislación brasileña. En cierto sentido, el piquete expresa, define y determina el destino de la huelga, e incluso se puede decir que, más que uno de sus instrumentos más eficaces, el piquete es la propia huelga. Dado que la huelga se define, desde el punto de vista legal, como la paralización temporal colectiva y pactada del rendimiento laboral, no se puede resumir como una huelga de piquetes, pero sí se puede definir como una parte esencial del derecho de huelga.

Por lo tanto, no es a usted a quien le corresponde que la mayoría de las cuestiones jurídicas conflictivas de un movimiento de huelga surjan de acontecimientos vinculados a la realización de los piquetes, especialmente en los tiempos actuales, en los que la huelga estalla en todos los sectores y con la fuerza de

los tiempos de crisis económica internacional. Cuando surge la huelga, en el curso de la lucha sindical, es en el contexto del piquete que surgen los conflictos más agudos y las situaciones problemáticas para ser resueltas a la luz de la ley. Estos conflictos son los más diversos y pueden ser internos o externos al propio movimiento; pueden expresar contradicciones entre los intereses inmediatos de los huelguistas y la propia comunidad; pueden ser conflictos agudos con los patrones y también con las autoridades encargadas de mantener el orden. Todo ello ocurre, en general, en el ámbito de actuación de los piquetes. El piquete es la "zona de fricción" más obvia del conflicto sindical.

Una de las situaciones más problemáticas en las que se expresa este conflicto es precisamente cuál es el límite de la acción de piquete. O, para decirlo de otra manera, en cuyo momento la acción convincente del piquete (función primaria) se convierte en una agresión violenta, no tolerable por limitar el derecho del trabajador no registrado.

La visión del derecho de huelga como un derecho colectivo no permitiría la idea de un derecho individual de "perforar la huelga" en desobediencia a una deliberación colectiva. Sin embargo, incluso desde un punto de vista individualista³⁴⁶, mientras no haya violencia, se debe reconocer un amplio campo de acción para los piquetes de información. Como señala Mauricio Godinho Delgado (2009, p 1306), si la Constitución asegura enfáticamente el derecho fundamental a la huelga, "el acto individual de insistir en el cumplimiento aislado del contrato choca con el derecho colectivo garantizado" y, por lo tanto, "en ausencia de violencia física y moral en los

346 En el derecho comparado, existe una amplia condena de los piquetes que impiden la libertad del trabajador de unirse a la huelga decretada, incluso en algunos países (Alemania, Francia) con la criminalización de los miembros de los piquetes.

piquetes, éstos son lícitos, por la fuerza de lo garantizado en la Constitución, y por lo tanto pueden hacer físicamente imposible el acceso al trabajo". En el desempeño de tal función, nada impide que los piquetes actúen, también, dentro de la empresa, siempre y cuando actúen pacíficamente y no sean ellos mismos el factor de perturbación del trabajo³⁴⁷. Nada impide que a los piquetes se les asignen tareas relacionadas con la seguridad de los equipos e instalaciones³⁴⁸ por delegación de la asamblea general.

Por otra parte, si las reivindicaciones de la huelga no se limitan a la mejora de las condiciones contractuales y, cada vez más, se dirigen también a los poderes públicos, se puede pensar que la función comunicativa de los piquetes puede elevarse a la principal en relación con la tradicional, la de convencer a los trabajadores para que se sumen a la huelga. De esta manera, se legitimarían plenamente los llamados "piquetes circulatorios", que no se limitan a posar a las puertas de los centros de trabajo, sino que, destinados a propagar y recaudar fondos para la huelga entre el público en general, deambulan libremente, buscando apoyo para el movimiento en toda la ciudad.

En la medida en que los trabajadores están cada vez más dispersos espacialmente y que la conciencia de constituir una clase se debilita por la propia

347 Los piquetes también pueden operar dentro de la empresa, "siempre que la libertad de trabajo no se vea amenazada y que el trabajo de la empresa (donde continúa a pesar de la huelga) no se vea perturbado (Sentencia de Relaciones de Coimbra, 4/12/79)" (FERNANDES, 1987, p. 70).

348 Art. 9º- "Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento".

dinámica productiva, el piquete se convierte en el más eficaz medio para organizar y concienciar a los trabajadores, haciendo más verdadera la idea de la huelga es la verdadera escuela de ciudadanía del trabajador.³⁴⁹

Las nuevas funciones comunicativas de los piquetes -más centradas en la propaganda y la movilización de la opinión pública a favor de la huelga- conducen a la adopción de nuevas formas de expresión y a mayores preocupaciones estéticas, a menudo con aproximación a formas de expresión artística³⁵⁰, como el uso del llamado "flash mob"³⁵¹. Tales expediciones para la difusión del movimiento están estrechamente asociadas al amplio uso de las redes sociales, que, cada vez más, se convierten en fundamentales en las estrategias de difusión de los movimientos sociales.

También hay una reconceptualización de los piquetes, de modo que ya estamos hablando de "piquetes informáticos" (FELÍCIO: GOLDSCHMIDT, 2016, p. 247), es decir, de la militancia informática, algo que también ha demostrado ser eficaz en las campañas electorales.

349 La huelga se ha convertido en un instrumento fundamental para la afirmación, garantía y, sobre todo, la construcción colectiva de derechos, siendo esencial para la promoción de la ciudadanía, ya que, a través de su amplio y libre ejercicio, los trabajadores logran el acceso de facto a la salud, al ocio, a la remuneración y al trabajo decente y a un medio ambiente saludable (PAIXÃO, 2009, p. 66).

350 Algo particularmente relevante en Brasil, donde "las manifestaciones político-sociales en Brasil se caracterizan siempre por su originalidad y la creatividad de los manifestantes, por lo que las estrategias de huelga son un producto histórico de nuestra organización sindical, debidamente enraizadas en nuestra cultura de finales del siglo XIX y principios del XX" (SANTOS, 2011, p. 547).

351 Los "flash mobs" son manifestaciones organizadas por Internet con un propósito específico, utilizadas como una forma de protesta política. En Sajonia (Alemania), por ejemplo, la protesta consistió en que los activistas abandonaron los abarrotados carritos de la compra en los pasillos de los supermercados. El Tribunal Federal de Trabajo de Alemania ha entendido que ésta es una forma legítima de acción sindical (Der Spiegel, 2009).

Por otro lado, el apoyo económico de los huelguistas no tiene por qué depender únicamente de la caridad de la población a través de las donaciones recogidas por los piquetes. En general, esta posibilidad está expresamente prevista en la legislación nacional, como se establece en la legislación brasileña³⁵². Tales predicciones deben entenderse como meramente enunciativas, sin impedir que los huelguistas utilicen otros medios para obtener fondos, como es habitual en la venta de objetos y accesorios (a menudo vinculados al propio movimiento, lo que refuerza el sentido de identidad y compromiso con el mismo). Pero también a través de formas modernas de recaudación de fondos, como el “crowdfunding”³⁵³.

Una nueva visión sobre las huelgas atípicas

La asimetría de poder cada vez más evidente entre el capital y el trabajo, que se ha agravado exponencialmente en los últimos años, hace urgente que, en la búsqueda de un reequilibrio, se replantee el derecho de huelga, abriéndose al reconocimiento legal de las huelgas atípicas, precisamente aquellas que permiten que el enfrentamiento entre un sindicato desencarnado y una patronal ciclópea no sea "frontal" - sino

352 Art. 6º - “São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos: (...) II – a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento”.

353 En virtud de la alegación de que la recaudación de los fondos de la huelga está reservada exclusivamente a los sindicatos y, teniendo en cuenta que la legislación portuguesa impide las donaciones no identificadas a los sindicatos, el Dictamen 6/2019 de 18/2/2019 de la Fiscalía General de Portugal concluye que es ilegal utilizar la financiación de la corona en los fondos de la huelga.

lateral³⁵⁴. Sin duda, son formas de acción directa que causan mayores daños a las empresas, con menores costos y riesgos para los trabajadores.

Las huelgas atípicas no son en realidad más que formas de adaptar el ejercicio del derecho de huelga en contraposición a los cambios estructurales del sistema productivo y, por lo tanto, representan un medio legítimo de garantizar la eficacia del derecho social (BABOIN, 2013, p. 40). Por lo tanto, las huelgas atípicas no deben juzgarse "prima facie" ilícitas.

Este problema se refiere directamente al controvertido tema de la regulación de las "huelgas atípicas", especialmente aquellas que interrumpen la producción exponiendo a los huelguistas a menores riesgos y con menores pérdidas, como en el caso de las huelgas rotativas, articuladas o intermitentes. La empresa también sufre pérdidas mayores por las "huelgas retroactivas", caracterizadas por paros que resultan en la pérdida forzosa de la mano de obra proporcionada hasta entonces. También es el caso de las huelgas de autoservicio, decretadas con un aviso muy amplio, que permite a los trabajadores en huelga simular su trabajo llevando a cabo una "huelga tortuga" no declarada. También puede ocurrir que, durante el período prolongado de la huelga, no haya una huelga simultánea y concertada de todos los trabajadores, sino una huelga individual según la voluntad de cada huelguista, que decide qué día o días estarán fuera del trabajo, invocando el derecho de huelga.

Siguen clamando contra estas formas de huelga -a menudo incluso negándose a llamarlas huelgas- porque causan un "daño injusto y desproporcionado" al empresario

354 La asimetría del poder ha llevado a los trabajadores, comprensiblemente, a formas de lucha "lateral" (PÉREZ DEL CASTILLO, 1994, p. 22), en la táctica de la guerrilla, algo que, en el arte de la guerra, siempre ha sido el camino para que los más débiles luchen contra oponentes mucho más fuertes.

al "desorganizar la producción". Desde la perspectiva de una visión actualizada del derecho de huelga, es posible sostener que tales daños no son ni injustos ni desproporcionados.

La huelga afecta a los contratos de trabajo individuales, suspendiendo la prestación de trabajo y el pago de las indemnizaciones correspondientes a la duración de la huelga. La adhesión del trabajador a la huelga implica la "permanencia del contrato de trabajo combinada con su ineficacia provisional" (FERNANDES, 1987, p. 56), con "efectos periféricos", como la subsistencia del cómputo de la antigüedad, la parálisis de los deberes de subordinación y la asiduidad. La idea de mantener un "deber de lealtad" -como resultado de los principios de buena fe y corrección en las relaciones contractuales- parece un tanto contradictoria con la suspensión del contrato que las sustentaba. Más aún cuando este mantenimiento se realiza de manera unilateral, es decir, en desacuerdo con el principio de "exceptio non adimpleti contractus". No hay razón para confundir un "deber de obediencia" contenido en una obligación contractual con la buena fe objetiva que debe estar presente en todas las relaciones legales y sociales existentes. Al perjudicar al empresario, desorganizar la producción y afectar a las ganancias de la empresa, los huelguistas no hacen más que ejercer su derecho de huelga, y no se habla de injusticia.

Por las mismas razones, paralizado el contrato de trabajo, no existe una base normativa para el ejercicio del poder disciplinario del empleador. El argumento de que se produciría una "parálisis de todas las normas de conducta profesional y cívica que constituyen una condición para la supervivencia futura de las relaciones laborales y de la propia organización empresarial" (FERNANDES, 1987, p. 59) no es impresionante,

ni siquiera porque no haya motivos para creer que el ejercicio del derecho de huelga sea una afrenta a la conducta profesional y cívica; ni que el ejercicio de la huelga comprometa el futuro de la relación laboral.³⁵⁵

Alejandro Castello (2011, p. 91-2) señala tres posiciones principales sobre el tema del pago de los días de huelga: a) tesis afirmativa, que mantiene el derecho del huelguista a cobrar los salarios; b) tesis negativa, que niega el pago, con base en el carácter signatario del contrato de trabajo; c) tesis mixta, que reconoce el derecho a la percepción de los salarios en caso de que la huelga sea una respuesta a situaciones de grave culpa o a maniobras atribuibles a algún empleador.

Cuando se produce el descuento salarial, debe hacerse proporcionalmente, en el período de tiempo de adhesión individual de cada trabajador. Con base en la Ley de Huelgas brasileña³⁵⁶, el pago de los días libres, en casos de huelgas legales, no abusivas y justificadas, puede ser determinado al empleador por el Tribunal, en juicio del desacuerdo de la huelga. Sin embargo, en una reciente sentencia (RE 693.456, Rep. Gilmar Mendes), el STF llegó a la sorprendente comprensión de que el descuento de los días muertos es "un instrumento necesario para sopesar los intereses en choque para llegar al final de la huelga".³⁵⁷

355 "In extremis", o mesmo argumento, invertido, serviria para justifica o pagamento dos salários durante o curso da greve, justamente para não comprometer o futuro da relação contratual de trabalho (SOUTO MAIOR, 2010b).

356 Art. 7º "Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho".

357 Algo que, como bien han considerado Valdete Souto Severo y Jorge Souto Maior (2016), implica negar en la práctica el derecho constitucional a la huelga.

Según Antonio Monteiro Fernandes (1987, p. 57), la adhesión del trabajador a la huelga declarada constituye un comportamiento individual en el que se sitúa el "momento crítico" del ejercicio del derecho de huelga (p. 56). En la medida en que se busca una nueva visión menos seria para las huelgas atípicas - y también para las huelgas con ocupación del centro de trabajo - esto se convierte en algo central, ya que el empresario tiene derecho a discernir, entre los que todavía están en actividad, a los que están en huelga de los que trabajan normalmente. Así, se debe reconocer el derecho del empleador a exigir a cada trabajador en huelga una "declaración de estado de huelga", que no tiene por qué ser formal sino explícita. Esta declaración individual debe ser completa, en el sentido de dejar claros los períodos durante los cuales el trabajador está en huelga. En el caso de una "huelga de tortugas" o de una "operación estándar", en la que, por definición, el empresario no puede exigir el cumplimiento pleno y exacto de la prestación laboral³⁵⁸, corresponde al empleador optar por la paralización del servicio o del sector³⁵⁹ (prescindiendo del trabajo parcial del huelguista), sin poder sustituir al huelguista o incluso mantener en funcionamiento el servicio paralizado³⁶⁰, incluso de forma precaria. No puede, por otros medios, mantener en funcionamiento la actividad laboral perjudicada por la huelga - algo que

358 Algo inherente a cualquier huelga: "antes del fin formal de la huelga, el empresario no puede exigir el cumplimiento puntual de los beneficios (aunque todos los trabajadores se presenten a trabajar)" (FERNANDES, 1987, p. 57).

359 José Luis Monereo Pérez (2002, p. 344) justifica así este derecho concedido al empleador: se autoriza el rechazo de un trabajo anormal cuando éste se encuentra por debajo de un límite razonable y aceptable, hasta el punto de que se convierte en un beneficio inútil.

360 En este caso, en el que el propio empresario elige despedir el trabajo, aunque la mayoría de la gente piense de forma diferente a la doctrina, no parece razonable que los salarios de los huelguistas y de los no inscritos no se paguen en su totalidad.

configuraría un incumplimiento de la ley de huelgas - lo que se denomina, en español, "esquirolaje". En España, desde la Sentencia 11/1981, se entiende que el empresario tiene el deber de soportar los daños causados por la huelga, sin poder reaccionar a ella con las facultades normales derivadas del derecho contractual. De esta manera, se limita la libertad del empresario, a quien se le prohíbe contratar sustitutos de los huelguistas, y también se prohíbe la práctica del "lock out".

La cuestión se vuelve mucho más compleja cuando se trata de poderes corporativos de gestión que no están directamente relacionados con la gestión de la plantilla, pero que, en realidad, sirven para vaciar la huelga. Así, las operaciones de "anticipación o desviación de pedidos", la contratación de servicios externos o incluso la sustitución de servicios previamente prestados por personas a través de aparatos tecnológicos ("cuadratura tecnológica") pueden utilizarse con gran facilidad en empresas modernas con un alto grado de complejidad organizativa. A menudo son verdaderos conglomerados empresariales, lo que hace difícil distinguir claramente el alcance de las medidas administrativas aparentemente neutrales desde el punto de vista de la gestión de personal, pero que, concretamente, se adoptan precisamente para eliminar la presión que la huelga pretendía ejercer sobre el empresario. En estos casos, hay que reconocer que, aunque no haya una sustitución física del trabajador, sí hay una sustitución "indirecta, mecánica o incluso virtual" (SANGUINETI RAYMOND, 2015, p. 12)

Por otro lado, en una interpretación no isonómica de la responsabilidad colectiva por las pérdidas del empresario, no es apropiado extender el descuento salarial de los huelguistas más allá de los períodos de participación en la huelga³⁶¹.

La doctrina mayoritaria señala una desproporción entre el daño sufrido por el empresario con la huelga y el descuento salarial de los trabajadores, como si este total de salarios impagados consistiera en algún límite matemático que debería guiar el daño total del empresario. Desde este punto de vista, debe haber una equivalencia o corresponsabilidad de los sacrificios entre los trabajadores y los empresarios implicados. Tal razonamiento, aunque inconscientemente, tiende a reproducir en el balance de pérdidas de cada parte la fuerza económica de cada una, privilegiando la parte más fuerte -precisamente lo que el reconocimiento del derecho de huelga pretende evitar.

Por otra parte, cuando se trata de valores tan fundamentales como el trabajo y el salario, el intento de arbitrar mediante la aritmética económica parece bastante incongruente. En este caso, sería mejor preguntarse, bajo la inspiración de la "teoría de los juegos"³⁶², qué es lo que juega (arriesga) cada parte durante la huelga: los trabajadores apuestan su salario y su trabajo (su supervivencia y la de sus familias); los empresarios arriesgan sus ganancias y sus inversiones. Sin embargo, el poder para

361 Incluso legales, las huelgas rotativas determinarán "la suspensión de los efectos del contrato de trabajo para todo el tiempo y para todos los trabajadores que se incorporen" siempre y cuando, por supuesto, los hechos se traduzcan en un concierto global en cuanto al plan de articulación de las paradas. En este caso, el descuento salarial se produce a lo largo del período de desarrollo del "plan de huelga", cubriendo los segmentos de "disponibilidad formal" de cada trabajador adherido (FERNANDES, 1987, p. 56).

362 La teoría de juegos es una rama de la matemática aplicada que estudia situaciones estratégicas en las que los jugadores realizan diferentes acciones, con opciones individuales de cooperación o competición, permitiendo la elección de comportamientos óptimos en cuanto a coste y beneficio de cada opción.

soportar las pérdidas es muy diferente para cada partido: unos días de impago de los salarios pueden importar en la privación de alimentos del huelguista; probablemente será un perjuicio para el empresario.

Tal vez se diga que, por un cálculo matemático, el valor de la pérdida (para el empresario) de los productos no producidos por el trabajador durante un cierto período de tiempo es mucho mayor que las ganancias salariales (del empleado). Esto es ciertamente cierto y, quizás, es la realización de esta realidad en la que se refleja tan poco que la huelga pretende desvelar; una realidad que puede ser cambiada, democráticamente, por el instrumento que la Constitución prevé: el derecho de huelga.

Por lo tanto, ya no es apropiado hablar de "deslealtad" o "daño desproporcionado", porque es precisamente una justa y proporcional distribución entre los poderes y medios de lucha lo que se debe buscar para recuperar la utilidad del derecho de huelga en la construcción de una sociedad democrática e igualitaria.

CONCLUSÕES:

Desde una perspectiva histórica de la huelga, se puede afirmar que es una expresión irreprimible de la lucha social, habiendo resistido y prosperado ante la prohibición represiva, la tolerancia impaciente e incluso un reconocimiento falso de su derecho a existir en una sociedad bien ordenada.

La huelga se presentó como un ariete y un heraldo del cambio social, pasando gradualmente del terreno de la lucha puramente económica al de la lucha política también, vinculándose umbilicalmente a la igualdad y la libertad, valores proclamados constitucionalmente como los fundadores de las democracias que están rompiendo el nuevo siglo.

De subproducto indeseado y anómalo de las reivindicaciones de los trabajadores a elemento funcional de las disputas económicas en el libre juego de la distribución de la riqueza, la huelga encontró su lugar en el capitalismo moderno, refugiándose en el sistema jurídico como elemento esencial para hacer posible una verdadera negociación colectiva, como derecho inequívoco de los trabajadores. Siempre y cuando, por supuesto, dicho reconocimiento se limite en general a su dimensión meramente individual, subestimando lo colectivo; que no se utilice para reivindicaciones "puramente políticas"; que presente un cierto patrón previsible; que se limite a determinadas categorías de trabajadores; que no sea demasiado perjudicial para el empleador; que no recurra a actos violentos; que no perjudique demasiado a los demás, especialmente a la comunidad.

Por medio de un detallado ajuste normativo se pretendía encontrar la "cuadratura del círculo" por la cual la huelga se hubiera hecho aceptable en una sociedad civilizada, convirtiéndose en un elemento casi lúdico en un juego de poder más amplio en el que las crecientes presiones por la igualdad y la democracia en una sociedad industrial madura (o postindustrial) se asimilan a un proyecto de crecimiento

económico continuo y, por compromiso, de logros sociales irreprochables. En un laborioso y cuidadoso juego de presión y contrapresión, la huelga como derecho fue diseñada para desarrollarse en un ambiente controlado, con reglas perentorias (aunque flexibles en su aplicación según la necesidad de mantener el orden), supervisadas por las autoridades públicas y sancionadas, en sus excesos, por los tribunales. Dicho modelo se justifica por un supuesto equilibrio dinámico entre las partes en disputa a través de una distribución ponderada de derechos y obligaciones en el curso de la huelga, lograda por una legislación detallada, una doctrina bien construida y un refinado labor jurisprudencial en la que una quinta cuerda de ingeniería política es el producto buscado por una actualización permanente de los valores constitucionales.

Sin embargo, la realidad económica y política no respondió a las mejores expectativas de prosperidad y democratización de las relaciones sociales, iniciando el siglo XXI en un marco de permanente crisis económica; de agigantamiento de las empresas privadas; de debilitamiento de los derechos sociales; de permanente desconfianza en los mecanismos de regulación económica; de privatización de las relaciones económicas; la globalización asimétrica y el debilitamiento de los estados nacionales; los cambios tecnológicos con un profundo impacto en el debilitamiento de la clase obrera; con el debilitamiento de los sindicatos y las organizaciones de trabajadores; con el vertiginoso crecimiento del individualismo a expensas de la solidaridad; con el inexplicable surgimiento de un irracionalismo que desconoce los valores civilizadores. Todo contribuyó a alterar profundamente el equilibrio de las relaciones sociales, haciendo de la huelga una posibilidad quimérica en la mayoría de los casos; en un ritual simbólico e instrumental a la negociación colectiva, en otros; en una aventura desafortunada y poco rentable en otros. Así, cada vez más, la negociación colectiva vive de arreglos productivos de "devaluación creativa" del trabajo (reducción de costos por la flexibilización de derechos) que de la fuerza colectiva de los trabajadores.

Contrariamente a una reacción de reequilibrio ante la tendencia a quitarle el poder al trabajador vaciando la huelga, la Ley ha actuado en sentido contrario: el empeoramiento de la compartimentación de la huelga al terreno de la lucha económica; las crecientes restricciones a la expansión de nuevas formas de huelga; la mayor formalización de la huelga a formas estrictas de procedimiento; la mayor restricción de la conducta permitida a los huelguistas bajo alegaciones de acciones injustas con el empleador; las limitaciones al daño sufrido por el empresario durante la huelga; la responsabilidad de los sindicatos por el daño del empleador y otros; el endurecimiento penal de los huelguistas y sus líderes en caso de conducta ilícita.

Sin embargo, a partir de los profundos cambios que afectaron al mundo del trabajo, la desorganización productiva provocada por las "huelgas neurálgicas" -mucho más eficaces y perjudiciales para el empresario que las huelgas convencionales- dio lugar a movimientos contradictorios: Mientras las huelgas se hacían más efectivas, surgían nuevas estrategias empresariales para neutralizarlas; una extensión natural de las formas de lucha (y de la acción de huelga); el cerco legal a la huelga se extendía, haciendo que los instrumentos legales para limitar el derecho de huelga fueran aún más restrictivos a aquellas formas clásicas y conocidas para las que los empresarios ya habían encontrado formas efectivas de contención.

Cuando la inseguridad laboral y la escasez de empleo hicieron que la decisión de hacer una huelga fuera una imprudencia individual, la existencia de huelgas "por la fuerza de los piquetes" fue a menudo la "válvula de escape" para el trabajador que teme que unirse a la huelga le cueste su trabajo por la represalia del empleador.

En un mundo de comunicación electrónica instantánea, donde la imagen pública parece convertirse en el principal capital, económico y político, la función comunicativa de la huelga se convierte en el objetivo, tal vez el principal objetivo, la opinión pública, y crucial para el éxito del movimiento es el juicio popular sobre la "justicia de las reivindicaciones", sobre el "comportamiento social" del empresario y sobre las acciones moderadas de los huelguistas. La huelga-denuncia parece sustituir

cada vez más a la presión de la huelga económica, algo que no puede pasar desapercibido en la comprensión de un nuevo derecho de huelga.

La difusión de los medios de comunicación y la forma de esta nueva huelga se convierte en algo esencial para los huelguistas. Los medios de comunicación se convierten en objeto de una feroz disputa, por parte de huelguistas y empresarios, en narraciones que buscan captar la simpatía de la población y, al mismo tiempo, atribuir al adversario cualquier daño sufrido por la comunidad. Los "piquetes informativos" se profesionalizan, involucrando a especialistas en medios de comunicación. Se empieza a repensar la comunicación de la huelga para maximizar la información pública, y los huelguistas empiezan a utilizar masivamente los medios electrónicos, realizando acciones muy programadas, incluso escenográficas, en las que la adhesión a la causa de la huelga ya no se limita sólo a los potenciales huelguistas.

Con el apoyo de la libertad de expresión y el derecho de reunión asegurados en una sociedad democrática y pluralista, los trabajadores en huelga también utilizan la información como una forma de emulación y como un medio para fortalecer el alma en el curso de la batalla, reforzando la identidad del trabajador y proclamando la justicia de sus demandas y la fuerza del movimiento colectivo. En la batalla simbólica que se expresa en una disputa que a veces involucra al espacio público, a veces al espacio comercial privado, el derecho a la información está casi inevitablemente involucrado en complicadas cuestiones legales que abarcan los derechos de propiedad, la libertad de circulación vial, el libre acceso a los bienes y servicios, etc. Aunque no es exclusivo de las manifestaciones de huelga, el debate sobre los límites del derecho de reunión y la libertad de expresión en los actos políticos alcanza su máxima tensión en la huelga, y no es raro que se produzcan allí conflictos violentos. La complejidad de la vida urbana, que en las grandes ciudades adquiere proporciones caóticas, hace que la acción de hacer piquetes sea una verdadera "operación de campo de batalla", que implica una planificación previa complicada y rigurosa. Al cambiar su papel, los piquetes ya no se limitan al entorno de las empresas, sino que son "circulares",

buscando, en la difusión del movimiento, llegar al mayor número de personas y lugares posibles. De este modo, las perturbaciones de la circulación de vehículos y personas y de la normalidad urbana son prácticamente inevitables, convirtiéndose la complacencia/intolerancia de los poderes públicos en algo de gran importancia para el éxito de la acción de los piquetes y para el mantenimiento del carácter generalmente pacífico del movimiento.

El carácter violento o pacífico de los huelguistas es un tema que implica un intenso debate. Más allá de la clásica disputa sobre la prohibición de que los huelguistas utilicen la violencia para coaccionar a los trabajadores para que se unan al movimiento, el piquete, con sus nuevas formas y dinámicas, representa ahora la barrera simbólica en la que constituye una disputa moral sobre la decisión del trabajador individual de unirse al movimiento de sus compañeros o de proceder solo en su trabajo diario, indiferente al destino del movimiento colectivo. En un nuevo mundo laboral, en el que la presencia física del trabajador es cada vez más relativa debido a las amplias posibilidades del teletrabajo; en el que la participación laboral del trabajador está cada vez menos limitada a un determinado centro de trabajo, debido a fenómenos como la descentralización productiva, la subcontratación o la contratación por períodos intermitentes, etc.; en el que las formas de acceso al lugar de trabajo son cada vez más amplias y diversificadas, con empresas que dependen cada vez menos del transporte masivo; cuando los trabajadores ya no están concentrados en grandes unidades de producción; cuando el tiempo de trabajo diario se extiende de manera discontinua e intermitente, los llamados "turnos de trabajo" ya no se producen (precisamente cuando los piquetes, en los "cambios de turno, actúan intensamente), ciertamente la "violencia física para impedir que los trabajadores entren en la puerta de la fábrica" se convierte cada vez más en un recordatorio de un pasado remoto. En lugar de la coacción física, la presión moral cumple el papel "obstinado" del piquete moderno, creando no menos dudas sobre los límites dentro de los cuales dicha presión

moral puede ser ejercida y cuando, en sí misma, no se convierte en violencia - en este caso, en violencia moral.

Tradicionalmente, los fondos de huelga en su nuevo formato ya no se limitan a "bolsas de recaudación de fondos" o a la divulgación de números de cuentas bancarias en las que los simpatizantes pueden hacer sus contribuciones. En medio de las movilizaciones, los huelguistas se convierten en distribuidores/comerciantes de innumerables objetos y mercancías alusivas al movimiento, convirtiendo la huelga, además de un evento político, en un evento social e incluso en una actividad económica. Las redes sociales se utilizan intensamente, de modo que la virtual simpatía por la huelga se canaliza también en la recaudación de fondos para la huelga.

Finalmente, como ya se ha señalado, el giro conservador caracterizó el inicio del siglo que cristalizó el derecho de huelga en formas anticuadas y en fórmulas cada vez más restrictivas que no sólo impidieron la evolución del derecho de huelga, sino que implicaron una regresión normativa y jurisprudencial a los tiempos de la fase represiva del derecho de huelga, lo que llevó a la responsabilidad penal y civil de los participantes en los piquetes y sus dirigentes.

Ante los nuevos tiempos, es urgente una nueva visión de las huelgas llamadas "atípicas" y una nueva regulación jurídica de las mismas, reconceptualizando el concepto de legalidad y superando los prejuicios, para recuperar el poder de presión de los trabajadores para un derecho de huelga más equilibrado y más adecuado a una sociedad democrática, plural y solidaria.

BIBLIOGRAFÍA:

A HISTORIA. “História da industrialização no mundo”. Doc. Eletr. Disponível em <http://www.ahistoria.com.br/industrializacao-no-seculo-xix/>. Acesso em 01/3/2018.

“A VIDA extraordinária de Tasso de Castro”. Filme. Direção de Leo Garcia e Zeca Brito. Rio de Janeiro: Globo Filmes, 2017. DVD (90 min).

ACCA, Thiago dos Santos. “Teoria brasileira dos direitos sociais”. São Paulo: Saraiva, 2013.

ACKERMAN, Mario. Reglamentación del derecho de huelga. Revista Derecho del Trabajo, 1990 A, p. 810. Também disponível em: <http://notasdederecholaboral.blogspot.com/2008/07/reglamentacin-del-derecho-de-huelga-por.html>. Acesso em 13/9/2018.

ACKERMAN, Mario. (2017) *Direito de huelga*. “Youtube” Ciclo de conferências de Filosofia do Direito, 17 mai. UBA. Disponível em; https://www.youtube.com/watch?v=3k_YZpuSUH4. Acesso em 02/5/2018.

ÁLVAREZ, Eduardo. “Apuntes sobre la huelga e el dano”. 2006. Doc.Eletr. Biblioteca del Poder Judicial de La Provincia del Chaco. Disponível em: <ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/biblioteca>. Acesso em 23/8/2018.

ÁLVARES DA SILVA, Antonio. “Pluralismo sindical na nova Constituição – perspectivas atuais do sindicalismo brasileiro”. Livraria Del Rey, 1990.

ALVES, Giovanni. Do novo sindicalismo à concertação social: ascensão (e crise) do sindicalismo no Brasil (1978-1998). “Revista Sociologia Política”, Curitiba, 15, nov. 2000, p. 111-124.

AROUCA, José Carlos. Organização Sindical no Brasil: passado, presente, futuro ?. São Paulo: LTr, 2013.

AROUCA, José Carlos. Curso básico de direito sindical. São Paulo: LTr, 2014.

ARRUDA, Hélio M. “Oliveira Vianna e a legislação do trabalho no Brasil 1932-1940”. São Paulo, LTr, 2007.

AMARANTE, Aparecida. Excludentes de ilicitude civil: legítima defesa, exercício e abuso do direito, estado de necessidade. “Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez 2013. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/25864>. Acesso em 16/2/2018.

ANTONELLI, Diego. “A revolta popular que não foi por apenas 20 réis”. Gazeta do Povo. Curitiba. 24 de dezembro de 2013. Acesso em 16/2/2014.

ANTUNES, Ricardo. “Adeus ao trabalho: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho”. 8ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Site do Parlamento português. “Revisões Constitucionais”. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/documents/crp1976.pdf> Acesso em 12/12/2018.

AZUA, Karina. “Capítulo 11 La huelga”. Doc. Eletr. Academia. 2010. Disponível: https://www.academia.edu/12786011/Capitulo_11_la_huelga. Acesso em 12/9/2019.

BABOIN, J.C.C. “O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil”. Dissertação. Faculdade de Direito da USP. São Paulo. 2013.

BARBOSA, Atila Magno e Silva. (2011). O empreendedor de si mesmo e a flexibilização no mundo do trabalho. “Revista de Sociologia e Política”. Doc.Eletr. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31671>. Acesso em 12/12/2019.

BARROS, Alice M. “Curso de direito do trabalho”. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2007.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. “Sindicatos – Sindicalismo”. São Paulo: LTR, 1994.

BAYLOS GRAU, Antonio. “El derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad”. Madrid: Universidad Complutense, 1981.

BAYLOS GRAU, A.; TERRADILLOS, JMB. “Derecho Penal del Trabajo”. 2ª edição Madrid: Trotta. 1997.

BAYLOS GRAU, Antonio. “La huelga em libertad vigilada? Controles institucionales al derecho de huelga”. Doc. Eletr. Academia. Disponível em: http://www.academia.edu/20654433/_La_huelga_en_libertad_vigilada_Controles_institucionales_al_derecho_de_huelga. Acesso em 12/2/2019.

BAYLOS GRAU, A.: El derecho de huelga, en AAVV., “El modelo social en la Constitución Española de 1978: 1978-2003”, MTAS, Madrid, 2003.

BAYLOS GRAU, A., “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en BAYLOS GRAU, A. (Coord.), Estudios sobre la Huelga. Albacete: Bomarzo, 2005.

BAYLOS GRAU, A. “Titularidad y ejercicio del derecho de huelga”. Doc. Eletr. 2007. Site UNAM Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/>. Acesso em 23/5/2018.

BAYLOS GRAU, A. El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga e la restricción legal de sus capacidades de acción. “Revista de Derecho Social”, n. 41, 2008, p. 126-140.

BAYLOS GRAU, A. “El sindicato en la frontera”. Doc. Eletr. Disponível em: <https://baylos.blogspot.com/2011/07>. Acesso em 3/5/2014.

BAYLOS GRAU, A. “Não se regulamenta a greve a partir do Código Penal”. Doc. Eletr. 2014. DMT – Democracia e Mundo do Trabalho. Disponível em: <http://www.dmtdebate.com.br/nao-se-regulamenta-a-greve-a-partir-do-codigo-penal/>. Acesso em 20/4/2018.

BAYLOS GRAU, Antonio. “Sindicalismo y derecho sindical”. 6ª edição. Albacete: Editorial Bomarzo, 2016.

BAYLOS GRAU, Antonio. 2016 (2). Palestra. “El valor político y democrático del trabajo contra la remercantilización del mismo”. In: XXXVIII Congresso Nacional de Advogados do Trabalho. Gramado, RS. 7/9/2016.

BAYLOS GRAU, Antonio. 2018. “La huelga política no es ilegal”. Parapanda, 14/5/2018, <http://baylos.blogspot.com/2018/05/la-huelga-politica-no-es-ilegal.html>. Acesso em 11/6/2018.

BAYLOS GRAU, Antonio. “Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso. Madrid: Los libros de la catarata, 2019.

BECK, Ulrich. “O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização”. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELTRAN, Ari P. “A autotutela nas relações de trabalho”. São Paulo: LTr, 1996.

BIAVASCHI, Magda Barros. O Direito do Trabalho no Brasil 1930-1942, São Paulo: LTr, 2007, p. 20- 294.

BORBA, Joselita N. “Responsabilização pelos danos decorrentes do direito de greve”. Revista LTr, ano 75, mai/2011, p. 530-542.

BOUCINHAS FILHO, J.C. Responsabilidade civil dos sindicatos em situações de exercício abusivo do direito de greve e de violência durante a paralisação coletiva, “Revista Justiça do Trabalho”, HS Editora, ano 28, n 330, jun 2011, p. 81-91.

BOURDIER, Pierre. “O poder simbólico”. Coleção Memória e Sociedade. Lisboa: Difel – Bertrand Brasil, 1989.

BORBA, Joselita N. “Responsabilização pelos danos decorrentes do direito de greve”. Revista LTr, ano 75, mai/2011, p. 530-542.

BUEN LOZANO, N. “El derecho de huelga”. 2004. Abrelosojos. Disponível: <http://www.abrelosojos.yolasite.com/resources/>. Acesso em 18/4/2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. “Direito sindical – análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT – proposta de inserção da comissão de empresa. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

CALVETE, Cássio da Silva. Impactos da Financeirização no Mundo do Trabalho. In: MACAMBIRA, Júnior; CARLEIAL, Liana Maria da Frota. (Org.). Emprego, Trabalho e Políticas Públicas. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho, 2009.

CAMPBELL, Joseph. “O herói de mil faces”. São Paulo: Cultrix, 10ª edição, 1997.

CARDOSO, Eliana Borges. “A lei de greve italiana: a busca da harmonização entre os direitos dos trabalhadores e os direitos da comunidade”, Revista LTr, ano 55, n. 5, mai, 1991, p.571-6.

CARRIZOSA PRIETO, E. El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga. “Temas Laborales”, n. 77, 2004, p. 83-123. Doc. Eletr Disponível: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1060742.pdf>. Acesso em 02/4/2019.

CARVALHO, Augusto C.L. “Direito fundamental e interdito proibitório”. In: “Direitos coletivos do trabalho na visão do TST – Homenagem ao Ministro Rider Nogueira de Brito”, ARRUDA, K; COSTA, W. (coordenadores). São Paulo: LTr, 2011, p. 13-36.

CARVALHO, Augusto. “Direito do Trabalho: curso e discurso”. São Paulo: LTr, 2019.

CASAS BAAMONDE, M.E. Relaciones laborales: Derecho de huelga y Constitución: nuevas perspectivas? “Revista crítica de teoría y práctica”, n. 1, 1994, p 44-53.

CASTEL, Robert. “As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário”. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

CASTELLO, Alejandro. Efectos de las huelgas atípicas sobre el salario. “Revista de la Facultad de Derecho, n. 31, Montevideo, jul-dez, 2011, p. 87-102.

CASTELS, Manuel. “A sociedade em rede”, 8ª edição. São Paulo, 2000.

CATHARINO, José Martins. “Compêndio de direito do trabalho”, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

CAVIGLIA, Angel S. “La cláusula de paz en las relaciones colectivas de trabajo”. Doc eletr. 1991. Escuela Digital. Disponível em: http://www.escueladigital.com.uy/www_caviglia/clausulapaz.htm. Acesso em 12/6/2019.

CESARINO JR, A.F. “Direito corporativo e direito do trabalho (soluções práticas). São Paulo: Livraria Martins, 1942.

CESARINO JR, A.F. “Evolução do Direito Social Brasileiro”. 1952. Doc. Eletr. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/>. Acesso em 01/03/2019.

CHAVES, Ricardo. A primeira greve geral em Porto Alegre. “Zero Hora”. Porto Alegre, 4 out 2017, Caderno Almanaque. Doc. Eletr. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/almanaque>. Acesso em 11/2/2019.

COCCO, Giuseppe. “Democracia e socialismo na era da subsunção real: a construção do comum”. In: GENRO, Tarso et al. O mundo real: socialismo na era pós-liberal. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 55-106.

CONJUR. “Projeto anti-greve”. CONJUR. 30/12/2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 20/8/2016.

CÓRDOVA, E.; MORGADO, E. A greve e o fechamento patronal. In: OIT, “As relações coletivas de trabalho na América Latina”: um estudo de seus atores, suas diversas manifestações e seus conflitos, com especial referência ao setor privado,

direção de Efrén Córdova, versão corrigida, aumentada e atualizada. São Paulo: IBRART – LTr, 1985, p. 296- 325.

CÓRDOVA, E; MORGADO, E. “La huelga y el cierre patronal”. In: OIT, Las relaciones colectivas de trabalho em América Latina”. Ginebra: Oit, 1981, p. 281-90.

CORREIO NAGÔ. “África-Brasil: número de escravizados é quase o dobro do estimado”. Site Correio Nago. 2018. Disponível em: <https://correionago.com.br/portal/africa-brasil-numero-de-escravizados-e-quase-o-dobro-do-estimado/> Acesso em 02/02/2019.

COSTA, Hermes A.; DIAS, Hugo; SOEIRO, José. “As greves e a austeridade em Portugal: olhares, expressões e recomposições”. Revista Crítica de direito social, n. 103, 2014, p. 173-202.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. “O direito coletivo do trabalho na América Latina”. In: MELO FILHO, Hugo; AZEVEDO NETO, Platon T. (coord). Temas de direito coletivo do trabalho. São Paulo: Instituto Goiano de Direito do Trabalho – Associação Latinoamericada de Juizes do Trabalho – LTr, 2010, p.100-124.

CRIVELLI, Ericson. Interditos proibitórios versus liberdade sindical: uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho. “Revista LTr”, ano 73, dez 2009, p. 1415-1431.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. “A nova razão do mundo”: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. “Anatomia do novo liberalismo”. Revista IHU on line. Doc. Eletr. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591075>. Acesso em 10/11/2019.

DAMBROSO, Marcelo Ferlin. “Direitos Humanos e Direito do Trabalho: uma conexão para a dignidade”. Belo Horizonte: RTM Editora, 2019.

DE BUEN LOZANO, N. “Derecho del trabajo”, tomo II. 9ª edición. México: UNAM, 1992.

DE LA CUEVA, M. “Derecho mexicano del trabajo”. 4ª edição. México: Porrúa, 1949.

DE LA CUEVA, M. “Derecho mexicano del trabajo”. 4ª edição. México: Porrúa, tomo II, 1961.

DE LA CUEVA, M. “Nuevo derecho del trabajo”. México: Porrúa, 1986.

DE FERRARI, Francisco. “El derecho de huelga”. In: TISSEMBAUM, Mariano R. “La huelga. Grève. Sciopero. Streiks. Strikes. Greve. La acción gremial y sus aspectos jurídicos sociales en América y Europa, Universidad Nacional del Litoral, 1951, p. 67/100.

DELGADO, Maurício Godinho. “Curso de direito do trabalho”, 8ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

DE LIMA, Venício A. “O poder da mídia tradicional”. Observatório da Imprensa. 2010. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/imprensa-em-questao/o-poder-da-midia-tradicional/> Acesso em 23/4/2017.

DE LIMA, Francisco Meton. “Os princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência”, 3ª edição, São Paulo: LTr, 2013.

DER SPIEGEL. “Caso das “flash mobs” pode ir para alto tribunal alemão”. Hamburgo. 10/4/2009.

DEUTSCHER BUNDESTAG. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 14/1/2019.

DEVEALI, M. “Derecho sindical y previsión social”. Buenos Aires: Zavalia, 1957.

DIETMANN, Annie. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. “Lua Nova: Revista de Cultura e Política”, n. 53, São Paulo 2001, pp.115-134.

DI FELICI, Massimo. Netativismo: novos aspectos da opinião pública em contextos digitais. “Revista Famecos Mídia, Cultura e Tecnologia”. Porto Alegre, v. 19, n. 1, jan/abr 2012, p. 27-45

DOMINGUEZ, A.; GONZÁLEZ, S.A. “La configuración constitucional del derecho de huelga: marco para una eventual regulación legal”. Doc. eletr. 2010. Disponível em: http://www.tiempodelosderechos.es/docs/nov11/numero_22.pdf. Acesso em 01/5/2017.

DORNELES, Leandro A. A greve no Brasil e no direito internacional: uma análise comparativa. “Revista Justiça do Trabalho”, ano 25, n. 296, ago, 2008, p. 38-49.

DUPPER, Ockart. (2015) *Efetivação dos direitos humanos no mundo do trabalho*. Escola Judicial do TRT-4ª. Região.

EDELMAN, Bernard. “A legalização da classe operária”. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

EHLERS DE MOURA, J.F. Declaração de ilegalidade de greve em dissídio coletivo. “Revista do TRT 4ª. Região”. Porto Alegre, n. 19, 1986, p. 13-16.

EL PAÍS, Tribuna Libre. “Huelga y Constitución”. Disponível em: https://elpais.com/diario/1980/10/14/economia/340326003_850215.html. Madrid. 14/1/1980 Acesso em 11/1/2020.

EL PAÍS edição brasileira. Madrid. Ediciones El País S.L. A lei da Dinamarca que permite enviar mendigos (todos estrangeiros até agora) para a prisão. Diário. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/09/internacional/> Acesso em 18/7/2018.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Apuntes sobre la huelga. “Revista Fundación de Cultura Universitaria”, Colección JVS, nº 22, Montevideo, 1996, p. 10/11.

ERMIDA URIARTE, Oscar. “A flexibilização da greve”. São Paulo: LTr, 2000.

EUROPARLAMENTO. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Doc. Eletr. Acesso em: 1/3/2019.

FARIÑAS, M. D. “Neoliberalismo y globalización. Revista de la Sala Segunda Poder Judicial da Costa Rica. Doc. Eletr. 2006. Disponível em: https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N3/contenido/PDFs/1-2.pdf. Acesso em 14/5/2017.

FELÍCIO, Raquel S; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. “O uso das redes sociais para fins de mobilização de greve”. XXV Congresso do Conpedi Curitiba. 2016, p. 236-252. Doc.eletr. 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/zwub6y85/EeTkHl94qxDSmH05.pdf>. Acesso em 12/10/2019.

FERNANDES, Antonio Monteiro. “As greves atípicas”. Revista do TRT 5ª Região, ano 15, n. 6, set/1987, p. 52-71.

FERRAZ, Alexandre Sampaio. Quando os trabalhadores param? Reinterpretando a ocorrência de greves no Brasil. Lua Nova, São Paulo, n. 104, 2018, p. 104-167.

FERREIRA, Diogo Figueiredo P.D. “O direito à greve no ordenamento jurídico português: nótulas para uma consideração retrospectiva”. In: REIS, João (coord) et al. Coleção Estudos Laborais, n. 8. Coimbra: Almedina, 2018.

FONSECA, Francisco. “Mídia e poder: elementos conceituais e empíricos para o desenvolvimento da democracia brasileira. IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2010. Doc. Eletr. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1509.pdf. Acesso em 3/4/2017.

FONTES, Paulo; MACEDO, Francisco. Piquetes como repertório: organização operária e redes sociais nas greves de 1957 e 1980. “Revista Topoi”, Rio de Janeiro, v. 18, n. 34, p. 23-47, jan./abr. 2017. Disponível em: www.revistatopoi.org. Acesso em 13/8/2018.

FREDIANI, Yone. “Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição de 1988”. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Unifeco – Osasco. 2001.

FRAGA, Ricardo; VARGAS, L.A. “A ação dos piquetes e comissões de divulgação da greve”. In: ENCONTRO INTERAMERICANO DE DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL. 1989. Havana, Cuba.

FRAGA, Ricardo; VARGAS, L.A. Greve dos Servidores Públicos e STF. “Revista do TST”, Brasília, vol. 76, no 2, abr/jun, 2010, p. 33-42.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Lições de direito penal” - Parte especial, volume I. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

FRANCÉS, Anuar. “La cláusula de paz en los convenios colectivos de trabajo”. In: PLA RODRIGUEZ, Americo et ali. Veintitrés estudios sobre convenios colectivo, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 157-165.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. “Liberdade sindical e direito de greve no direito comparado – lineamentos”. São Paulo, LTr, 1992.

FREIXES SANJUÁN, T. La huelga y sus garantías constitucionales (algunas reflexiones sobre el contenido del artículo 28.2 y su inserción en el sistema de garantías de la Constitución de 1978), “Revista de Derecho Político”, n. 22, 1986, p. 223-238.

FUNDACIÓN ACCIÓN POR DERECHOS HUMANOS. Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDSFT/1989-CDSFT.htm>. Acesso em 01/8/2019.

GALANTINO, Luisa. “Diritto Sindicale”. Torino: G Giappichelli Editore, 1994.

GARCÍA, Alonso M. “Derecho Procesal del Trabajo”. Barcelona: Bosch, 1963.

GARCÍA, Alonso M. “Curso de Derecho del Trabajo”. Barcelona: Ariel, 1985.

GARCÍA, Hector Omar. “El derecho de huelga”. Doc eletr. 2012. Disponível em <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/>. Acesso em 30/3/2017.

GARGARELLA, Roberto. “El derecho a resistir el derecho”. Madrid: Mino y Dávila, 2005.

GARMENDIA ARIGÓN, M. Palestra “Los derechos de los trabajadores en principios del siglo XXI” . Escola Judicial do TRT-RS. Porto Alegre, 2019. Disponível em <https://ead.trt4.jus.br/>. Acesso em 10/5/2019.

GASPAR, Miguel. “Como o telejornal aprendeu a amar a greve geral: as estratégias da cobertura mediática dos conflitos laborais na televisão portuguesa”. Actas dos ateliers do Vº Congresso Português de Sociologia Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção Atelier: Comunicação. 2017. Disponível em: <https://aps.pt/pt/atas-v-congresso/>. Acesso em 14/1/2019.

GENRO, Tarso F. “Aspectos sociais, políticos e econômicos”. In: “Sindicalismo – obra dedicada a José Martins Catarino” (coord. Arion Sayão Romita). São Paulo, LTR, 1986, p. 13-18.

GENRO, Tarso. Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 1979.

GERNIGON, B.; ODERO, A.; GUIDO, H. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. “Revista Internacional del Trabajo, vol. 117, n. 4, Ginebra, 1998.

GIDDENS, Anthony. “A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia”. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GIORLANDINI, E. “El conflicto como generador de normas”. In: GHIONE, Hugo B et al. Trabajo y conflicto: conflicto Laboral, estructura del conflicto, derecho

judicial, derecho comparado (Coord. Equipo Federal del Trabajo). La Plata: Librería Editora Platense, 1999.

GIUGNI Gino. “Direito Sindical”. São Paulo: Editora LTR, 1991.

GODINHO DELGADO, Maurício. “Greve no ordenamento jurídico brasileiro”. Síntese Trabalhista, ano XIII, n. 155, maio/2002, p. 132-154.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil”. Doc. Eletr. 2003. Academia. Disponível em: <https://www.academia.edu/38024599>. Acesso em 12/3/2017.

GOLDMACHER, Marcela. “A greve geral de 1903: o Rio de Janeiro nas décadas de 1890 a 1910”. Tese apresentada ao PPD História, Universidade Federal Fluminense, 2009.

GOMES, Júlio. Algumas notas sobre o direito de greve e sua evolução ao nível europeu. “Revista jurídica de los derechos sociales”. 2017. Lexsocial. Disponível em: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/download/2569/2028. Acesso em 19/5/2019.

GOMES, Orlando. Do abuso do direito na greve. “Revista LTR”, n. 54, 1990, p. 391-9.

GOMES CANOTILHO, J.J.; VITAL MOREIRA. “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.^a Edição, Coimbra, 1993.

GONZALES ORTEGA, Santiago. “E derecho de huelga: um derecho fundamental acorralado”. UPO. 2017 Doc. Eletr. Disponível em: <https://www.upo.es/cms1/export/sites/upo/protocolo/documentos/Leccion-Inaugural-Santiago-Gonzalez-Ortega.pdf>. Acesso em 29/1/2018.

GRUBBA, Leilane S.; AQUINO, Sérgio F. Direitos humanos: o problema do contexto. “Revista Eletrônica Direito e Política”, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015, p. 1964-1989. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

GUEVARA, GC. “La huelga como símil de guerra: discurso jurídico y práctics estatales frente a la huelga general”. XII Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia, Facultad de Humanidades y Centro Regional Universitario Bariloche.Doc. Eletr. Site Academia. 2009. Disponível em: <http://cdsa.aacademica.org/000-008/1290.pdf>. Acesso em 23/5/2018.

GUIMARÃES, Lélia. A evolução jurídica da greve, “Revista do Ministério Público do Trabalho”, ano V, set/1995, p. 105-114.

GUNTHER, John. “Inside Europe”. Nova York: Harper & Brothers, 1938.

HADDOCK LOBO, Eugenio R. A greve no Brasil e sua relação com o direito no tempo. “Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho”, ano 1, n. 1, 1993, p. 63-77.

HARVEY, David. “A condição pós-moderna”. São Paulo: Loyola. 1992.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. “Da greve ao locaute: contribuições para a luta coletiva”, Belo Horizonte: Editora RTM, 2016.

HERRERA FLORES, Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux e IDHID, 2009.

HINZ, Henrique Macedo. “Direito coletivo do trabalho”. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

HODGES-AEBERHARD, J.; ODERO DE DIOS, A. “Princípios do Comitê de Liberdade Sindical referente a greves”. Brasília: OIT-Ministério do Trabalho, 1993.

HUECK, A.; NIPPERDAY, HC. “Compendio de Derecho del Trabajo”. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

HUNGRIA, Nelson. “Comentários ao código penal”, vol. VII. São Paulo: Editora Forense, 1959.

INFOBAE. Site Infobae. Disponível em: www.infobae.com. 2015. Acesso em: 19/8/2019.

ISTURRASPE, Francisco. “O direito de greve como fundamento de um direito do trabalho transformador”. Jusbrasil. Doc. Eletr. 2010. Disponível em: <https://abrat.jusbrasil.com.br/noticias/2309198/o-direito-a-greve-como-fundamento-de-um-direito-laborista-transformador>. Acesso em 20/10/2007.

JACOBS, Antoine. La autonomia colectiva. In: HEPLE, Bob (Comp.) “La formación del Derecho de Trabajo en Europa”. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 239-295.

JIMÉNEZ, Sérgio. Sindicatos alistan denúncias ante OIT por declaratórias de ilegalidade de huelga. “Diário Extra”, 28/9/2018.

JOSSERAND, Louis. “El espíritu de los derechos y su relatividade”. México: Ed Cajica, 1946.

JUCÁ, Francisco. Direito de greve na Constituição brasileira de 1988 In: FRANCO FILHO, Georgeton S. (coordenador), “Direito do trabalho e a nova ordem constitucional”. São Paulo: LTr, 1991.

KELLER, LK; LEHMANN, DR. Brand and Branding: Research Findings and Future Priorities. “Marketing Science”, v.25, n.6, p.740-759, nov./dec. 2006.

LEAL, Antonio da Silva. “O conceito de greve e o problema das fontes terminológicas e conceituais do Direito do Trabalho”. In: Temas de Direito do Trabalho – Direito do Trabalho na Crise. Poder empresarial. Greves Atípicas, IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de Direito do Trabalho. Coimbra: Coimbra, 1990.

LEDUR, JF; VARGAS, LA; FRAGA, RC. Considerações sobre a Lei 7783 de 28/6/89. “Jornal do IV Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho e III Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho”, nov/dez 1989, São Paulo, LTr, p. 17-19.

LEITE, Carlos H. Bezerra. A greve do servidor público civil e os direitos humanos. “Revista Jus Navigandi”. Terezina, ano 7, n. 54, 1/2/2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2612>. Acesso em 10 set 2016.

LEMOS, M.C.Monteiro. A lei de greve e as memórias da antiga ordem social: os desafios de uma hermenêutica constitucional alinhada aos paradigmas do Estado Democrático de Direito. “Revista LTr”, ano 80, n. 4, abril/ 2016, p. 421-440.

LIMA, Firmino Alves. A repressão dos atos antissindicais na ótica da OIT. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região”, n. 46, jan/jun/ 2015, p. 145-165.

LIMONCIC, Flavio. “Os inventores do New Deal: Estado e sindicato nos Estados Unidos dos anos 1930”. Tese de Doutorado. História Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4182038>. Acesso em 1/3/2019.

LIRA, Fernanda Barreto. “A greve e os movimentos sociais”. São Paulo: LTr, 2009.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. O exercício do direito de greve no estado democrático de direito: a reconstrução dos direitos sociais a partir da afirmação dos direitos fundamentais em uma comunidade de princípios. In: Coutinho, Grijalbo F. et. ali. “O mundo do Trabalho: leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho”. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2009, p 349-364.

LOGUERCIO, José et ali. “Realidade atual”. 2014. Sintrajufe. Doc. Eletr. Disponível em: <https://www.sintrajufe.org.br/files/congressos/tese-a-realidade-atual.pdf>. Acesso em 24/8/2017.

LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar. “Direito do Trabalho: itinerários da dominação”. São Paulo: LTr, 1994.

LÓPEZ, Justo. La huelga como acto jurídico colectivo, “Revista Legislación del Trabajo”, t. XX-A, 1972, p. 5-7.

LYRA FILHO, R. “Direito do capital e do direito do trabalho”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1982.

MACHADO, Renato Chagas. Da responsabilidade civil do sindicato pela greve. “Revista de Movimentos Sociais e Conflitos, vol. 1, n. 2, jul-dez, Minas Gerais, 2015, p. 1-18.

MAGANO, Octávio Bueno. “Os novos princípios do direito coletivo do trabalho”. Doc. Eletr. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/>. Acesso em: 5/3/2018.

MALHADAS, Júlio Assumpção. “Greve e outros meios de ação direta”. In: ROMITA, A. S. (coord.), Sindicalismo, São Paulo: LTr, 1986, p. 181-194.

MANSO CHICOTE, C. La ‘no regulación’ de la huelga em España. “ABC”. Madrid, 7/3/2018.

MARQUES DE LIMA, F. G. “Greve: um direito antipático” Fortaleza: Premius, 2014.

MARTINEZ, Luciano. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2011.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. “Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social”. La Coruña: Netbiblo SL. 2011.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. Huelga ilícita y despido en el Derecho del Trabajo alemán. Revista de Política Social, n. 96, Madrid, 1972, p. 33-69.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. “Regulación de la huelga, libertad de huelga y derecho de huelga”. In: OLEA, Alonso et al. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo, Murcia: Colégio de Abogados de Murcia. 1978.

MATEUS DA SILVA, H.B. “Direito coletivo do trabalho”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MATIAS, Alencastro. Após um ano, coletes amarelos deixam de ser revolta e viram estilo de vida. São Paulo. “Folha de São Paulo”, 16/11/2019.

MAUÉS, AGM; SANTOS, EL. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1979). “Ver. Direito GV”, vol 4, n. 2, jul/dez, São Paulo, 2008.

MAZZONI, Giuliano. “Relações coletivas do trabalho”. Tradução: Antonio Lamarca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MBOMIO NVÓ, Ponciano. “La tutela constitucional del derecho de huelga: proposta de regulación del derecho de huelga em Guinea Ecuatorial”. Tese de doutoramento. UNED. 2013.

MELO, Raimundo Simão. “A greve no direito brasileiro”. São Paulo: LTr, 3ª edição, 2011.

MELO, Raimundo Simão. “Exercício de greve deve obedecer requisito de comunicação prévia”. Conj. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-26/reflexoes-trabalhistas-direito-greve-obedecer-requisito-comunicacao-previa>. Acesso em 14/01/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de direito constitucional”. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, Demian B. “O direito de greve no Brasil: uma longa luta”. 2014. Doc. Eletrônico. Disponível em <https://blog.esquerdaonline.com/> Acesso: 12/3/2018.

MELLO FILHO, José Celso. “O direito constitucional de reunião”. In: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/3w36db.pdf>. Acesso em 31/10/2014. Revista Justitia, 1977, p. 159-164

MENEGHETT, G.; SAMPAIO. S. “A disciplina como elemento constitutivo do modo de produção capitalista”. Revista Katálýsys, n. 19, jan/jun, Florianópolis 2016, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1414-49802016.00100014>. Acesso em 23/1/2017.

MENEZES, Cláudio Armando Couce. Antinomias entre a lei de greve (n. 7783/1989) e o artigo 9º da Constituição Federal. In: ALMEIDA, Renato Rua; CALVO, Adriana. “Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 2015, p. 80-4.

MERCANTE, Caroline. As raízes autoritárias da atual lei de greve no Brasil. “Revista Direito Mackenzie” v. 7, n. 1, 2013, p. 42-55.

MIGUEL, Luiz Felipe. Os meios de comunicação e a prática política. “Lua Nova”, n. 55-56, 2002.

MONEREO PÉREZ, JL. "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (A propósito de la STCO 36/1993, de 8 de febrero)", In: VVAA. “Homenaje al profesor Juan García Abellán, Murcia”. Murcia: Universidad de Murcia, 1994, pp. 221-240.

MONEREO PÉREZ, JL. “Huelga y contrato de trabajo”. In: Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica. Colección Trabajo y Seguridad Social. Granada: Comares, 2002, p. 329-345.

MONEREO PÉREZ, JL; TOMÁS JIMÉNEZ. “Huelga sociopolítica”. Valencia: Tirant Editorial, 2014.

MONIS, Carlos Lopez. “O direito de greve: experiências internacionais e a doutrina da OIT”. São Paulo, LTr, 1986.

MONTOYA MELGAR et. ali. “Las Sentencias del Tribunal Constitucional, Madrid: Tecnos, 1984.

MONTOYA MELGAR, A. “La huelga en España”. In: PASCO COSMÓPOLIS (coord.). La huelga en Iberoamérica. Lima: AELE, 1996.

MONTOYA MELGAR, A. “Derecho del Trabajo”. 19ª edição. Madrid: Tecnos, 1998.

MORAES, Alexandre de. “Constituição do Brasil interpretada” São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Evaristo. O direito de greve: sua extensão, seus limites. “Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal, Rio de Janeiro”, out. 1917, p. 261-15.

MORAES, Evaristo. “Apontamentos de direito operário”. São Paulo: LTr, 3ª edição, 1986.

MORAES FILHO, Evaristo. “O projeto de código de trabalho”. Revista de Informação Legislativa, dez/1964. Site do Senado Federal, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em 01/12/2017.

MORAES FILHO, Evaristo. O direito de greve. Revista LTr, n, 7, ano 50, jul. São Paulo, 1986, p. 770-782.

MORAES FILHO, Evaristo. “Introdução ao direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1978.

MORAES FILHO. Evaristo. Direito de greve. Revista LTr, jul/86, LTr, São Paulo, p. 776- 87.

MORAES FILHO, Evaristo. “O direito de greve e a Constituição”. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1987.

NARDÍZ, Alfredo Ramirez. “Democracia participativa: la experiencia española”. Tese Doutoral. 2009. Universidad de Alicante. Doc eletr. Disponível em: <file:///C:/Users/lvargas/Downloads/democracia-participativa-la-experiencia-espanola-contemporanea.pdf>. Acesso em 28/8/2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Evolução histórica do sindicalismo”. In: “Sindicalismo – obra dedicada a José Martins Catarino” (coord. Arion Sayão Romita). São Paulo, LTR, 1986, p. 3-11.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Direito sindical”. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Comentários às leis trabalhistas”. 2ª. Edição, vol. 1, São Paulo: LTr, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Compêndio de direito sindical”. 4ª edição. São Paulo, LTr, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, AM; NASCIMENTO, S. “Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho”. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NAVARRO, Raquel YQ. El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n. 23, Madrid, 2008.

NICOLADELI, SL; FRIEDRICH, TS. “O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais – a liberdade sindical recopilação de decisões e princípios do

Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT vol II. São Paulo: LTr-OIT, 2013.

NINET, José Inácio G. “La regulación del derecho de huelga em España (1977-2012). La elaboración jurisprudencial”. Lex Magister. 2012. Doc. Eletr. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_22839231. Acesso em 12/2/2019.

NVÓ, Ponciano Mbomio. “La tutela constitucional del derecho de huelga”. 2012. Tesis Doctoral. Universidad Nacional de Ensino à Distância. Disponível em: <https://studylib.es/doc/5728863/la-tutela-constitucional-del-derecho-de-huelga>. Acesso em 21/8/2017.

OIT. “Libertad sindical y negociación colectiva”. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 4B) a la 81.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994.

OIT. Normlex Information System on International Labour. “Caso núm.. 1839 (Brasil), Fecha de presentación de la queja: 17/5/95. La Central Única de Trabajadores (CUT)”. 1995. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2897047. Acesso em 12/3/2018.

OIT. “Recompilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”. 5ª edição revisada. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Também disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3945422,2. Acesso em 01/10/2019.

OIT (2019a). “World Employment Social Outlook”. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_670542.pdf. Acesso em 12/12/2019.

OIT (2019b). “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo”. 2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/wesodata>. Acesso em 12/12/2019.

OJEDA AVILÉS, Antonio. “Derecho Sindical”, 7ª edição. Madrid: Tecnos, 1995.

OJEDA AVILÉS, Antonio. La sindicalización de los trabajadores autónomos y semiautónomos. Aranzadi Social, n. 5, 2000, p. 703-718.

OLIVEIRA, Marta O.R.; LUCE, Fernando Bins. “O valor da marca: conceitos, abordagens e estudos no Brasil. “REAd Ufrgs”, v. 17, n. 2, 2011.

OMS – Organização Mundial de Saúde. “Relatório Mundial sobre Violência e Saúde”. Genebra: OMS; 2002.

ONU. Site Nações Unidas Brasil. “Situação dos povos indígenas é a mais grave desde 1988, diz relatora da ONU”. Doc. Eletr. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/situacao-dos-povos-indigenas-no-brasil-e-a-mais-grave-desde-1988-diz-relatora-da-onu/>. Acesso em: 30/4/2019.

ONU. Site Nações Unidas Brasil. “Onu aponta concentração de poder econômico nas mãos de poucas empresas internacionais”. Doc. Eletr. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-aponta-concentracao-do-poder-economico-nas-maos-de-poucas-empresas-internacionais/>. Acesso em: 3/5/2019.

OSTRY, J.D.; PRAKASH, L.; FURCERI, D. “Neoliberalism: oversold?”. “Finance & Development”, jun 2016, vol. 53, n. 2, 2016.

PAIVA, Mario A. Lobato. “O Direito Informático do Trabalho – estudos sobre o impacto da informática no Direito do Trabalho”. 2002. Doc. Eletr. Disponível: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2003/convidados/abril2.doc. Acesso em 29/7/20109.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO Ricardo. A Greve e sua conformação pelo TST: desvelando mentalidades. In: Coutinho, Grijalbo F. et. ali. “O mundo do Trabalho: leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho”. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2009, p 65-79.

PAIXÃO, Cristiano. O direito de greve e a atuação do Ministério Público do Trabalho, In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (org). “Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho”, 2ª edição, Salvador: Juspodvim, 2013).

PALOMEQUE LÓPEZ, MC; ÁLVARES DE LA ROSA, M. “Derecho de Trabajo”. 27ª edição. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2019.

PAOLETTI, Ricardo. “Pluralismo sindical? EUA: morate lenta de sindicatos pulverizados”. Boletim do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAAP). Doc. Eletr. Disponível em: <https://www.diap.org.br/>. Acesso em 15/10/2019.

PEGO, Rafael Foresti. “Fundamentos do direito coletivo do trabalho e o paradigma da estrutura sindical brasileira”. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Flávio Souza Máximo. “Para além da greve: O diálogo ítalo-brasileiro para a construção de um direito ao pluralismo político da classe-que-vive-do-trabalho”. Tese de doutorado. Universidade de Belo Horizonte. 2017.

PÉREZ DEL CASTILLO, S. “O direito de greve”. São Paulo: LTr, 1994.

PÉREZ PATON. “Princípios de direito social e de legislação do trabalho”. La Paz: Ferrari, 1943).

PERONE, Gian Carlo. “A ação sindical nos Estados-membros da União Europeia”. São Paulo: LTR, 1996.

PIMENTA, Matusalém G. “Uma visão contemporânea da “soft law”. Site Jus.com.br. 2018. Doc. Eletr. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law>. Acesso em 2/10/2019.

PINHEIRO DE OLIVEIRA. Evelise Nogueira. O empreendedor na era do trabalho precário: relações entre empreendedorismo e precarização laboral. “Psicologia política”, vol. 16, n. 36, mai-ago, 2016 p. 207-226.

PONTES DE MIRANDA. “Comentários à Constituição de 1946, vol. IV. Rio de Janeiro: Henrique Caen Editor, 1947.

PRADO, Ney. “A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo”, Revista LTr, ano 77, fev 2013, p. 138-141.

PROUDHON, P. J. “Sistema de contradições econômicas ou filosofia da miséria”. São Paulo: Ícone, 2003.

PRONER, Carol. Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). ‘Teoria Crítica dos direitos humanos – In memoriam Joaquín Herrera Flores’. Belo Horizonte: Forum, 2011.

RAE - REAL ACADEMIA ESPANHOLA. Doc. Eletr. Disponível em: www.rae.es. Acesso em: 12/9/2019.

RAY, Jean-Enmanuel. “Informe francés” In: MARZAL et. ali. La huelga hoy en el derecho comparado. Madrid: JM Bosch – Esade, 2005.

RAMOS, Sérgio Motejunas Ramos. “A economia política e os contratos coletivos de trabalho nos Estados Unidos, México e Brasil: aspectos comparativos”. Tese de doutoramento. USP. São Paulo, 2008.

REALE, M. Ainda as greves selvagens. 2004. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/grvselv.htm>. Acesso em: 10/4/2018.

RENDON VASQUEZ, Jorge. “Derecho del trabajo colectivo”. 5ª edição. Lima: EDIAL EIRL, 1998.

RENTERO JOVER, Jesús. “El comité de huelga en el derecho español de trabajo”. CES- Colección Estudios, n. 134, Madrid, 2002, p. 51-55.

RIBEIRO DA SILVA, Walküre L. Regulação do direito de greve à luz da Constituição de 1988. “Jornal do IV Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho e III Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho”, nov/dez 1989, São Paulo, LTr, p. 14-16.

RIOS, Alfredo V. “A liberdade sindical nas normas e pronunciamentos da OIT: sindicalização, negociação coletiva e greve”, São Paulo: LTr, 2011.

ROBORTELLA, L.C. A greve no direito comparado. “Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho”, ano 1, n. 1, 1993, p. 79-91.

ROCHA, Ludmylla. Guedes critica sindicatos e diz que eram beneficiados pela ditadura. “Poder 360”. 12/8/2019. Doc. Eletr. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/guedes-critica-sindicatos-e-diz-que-eram-beneficiados-pela-ditadura/>. Acesso em 23/12/2019.

RODRIGUES, Silvio. Greves em atividades essenciais. Responsabilidade civil do sindicato. “Revista LTr”, n. 57, 1993, p. 281-5.

RODRIGUEZ, Rodrigo. “Dogmática da liberdade sindical: direito, política, globalização”. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

RODRIGUEZ-PIÑERO, M et al. “El Derecho sindical en America Latina”, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. “Tratado de Direito Material do Trabalho”, São Paulo: LTr, 2007.

ROMAGNOLI, Umberto. “La desindustrialización de los conflictos de trabajo y la ética de la responsabilidad”. In: VALDÉZ DAL-RE, F. (coord.), Sindicalismo y cambios sociales, Madrid: CES, p. 225-239.

ROMAGNOLI, Umberto. Del derecho “del” trabajo al derecho “para” el trabajo. “Revista de Derecho Social”, n. 10 p.11/20, Ed. Bomarzo, Albacete, Espanha, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. Direito Sindical Brasileiro. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1976.

ROMITA, Arion Sayão. “O direito sindical brasileiro segundo José Martins Catharino”. In: “Sindicalismo – obra dedicada a José Martins Catarino” ” (coord. Arion Sayão Romita). São Paulo, LTR, 1986, p. LV-LXXI.

ROMITA, Arion Sayão. “A matriz ideológica da CLT”. Doc. Eletr. Site da Academia Nacional de Direito do Trabalho. 2007. Disponível em [http://www.andt.org.br/f/A_MATRIZ_IDEOLOGICA_DA_CLT\[1\].pdf](http://www.andt.org.br/f/A_MATRIZ_IDEOLOGICA_DA_CLT[1].pdf). Acesso em 01/2/2019.

RUPRECHT, Alfredo. “Conflitos coletivos do trabalho”. São Paulo, LTr, 1979.

RUPRECHT, Alfredo. “Relações coletivas de trabalho”. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. “Princípios gerais de direito sindical”. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. Relação greve e direito no Brasil. “Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho”, ano 1, n. 1, 1993, p. 45-61.

SADY, João J. “Protesto e política. Greve também é uma forma de pressão social”. Sítio Servidor Público. Doc eletr. Disponível em www.servidorpublico.net. Acesso em 10/2/2008.

SACHS, Tatiana. O direito sindical na França. “Jornal do Congresso Internacional da Anamatra (Paris e Lyon)”, ano XX, edição especial, n. 188, 2017.

SADY, João José. “A respeito da legalidade da greve política”. Doc eletr. Site Jus.com.br. 2007. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10231/a-respeito-da-legalidade-da-greve-politica>. Acesso em: 13/4/2018.

SALA FRANCO, T; ALBIOL MONTESINOS, I. “Derecho sindical”. Valencia: Tirant to Blanch, 2002.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”. 2015. Doc. Eletr. Disponível em: <https://www.academia.edu/34154915/>. Acesso em 12/10/2019.

SANSON, Alexandre. JUNQUEIRA. Michelle Asato Junqueira. “Liberdade x segurança: ponderações acerca da vedação do uso de máscaras em manifestações públicas”. Amazônia em Foco. Ed. Especial: Temas Contemporâneos de Direitos Humanos, n. 2. pgs. 165-180, nov. 2013.

SANSEVERINO, L Riva. “Diritto Sindicale”. Turim: Utet, 1964.

SANTIAGO, Cláudia. “O massacre de Volta Redonda”. 1998, Library of Congress Web Archives. Doc. Eletr. Disponível em: <http://www.piratiniga.org.br/artigos/2004/01/santiago-voltaredonda.html>. Acesso em: 12/4/2019.

SANTISTEVAN, Jorge; DELGADO, Silva. “La huelga em Perú: historia y derecho. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. 1980.

SANTORO PASSARELLI, G. “Diritto sindacale”. Bari: Laterza, 2009.

SANTOS, Roberto. Perfil do sindicato em uma nova constituição. “Revista do TRT da 5ª Região”, ano 15, n. 6, set 1987, p. 108-121.

SANTOS, Roberto. Uma contribuição sociológica à renovação da teoria jurídica da greve. “Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho”, ano 1, n. 1, 1993, p. 117-132.

SANTOS, Ronaldo L. Interditos proibitórios e direito fundamental de greve. “Revista LTr”, ano 75, maio/2011, p. 543-553.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV, CF. In: CANOTILHO et al. “Comentários à Constituição Federal de 1988”. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252-9.

SCHMIDT, P. “Os direitos sociais do art. 7º da CF – Uma nova interpretação no Judiciário Trabalhista”. In: COUTINHO, Grijalbo F.; FAVA, Marcos N. (Coordenadores.). Nova Competência da Justiça do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 305-8.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. “Revista Diálogo Jurídico”, Salvador, nº. 16, mai-ago, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 23/1/2018.

SEGADAS VIANNA, José. “Greve: direito ou violência”. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SEGADAS VIANNA, José et al. “Instituições de direito do trabalho”. 16ª edição. São Paulo, LTr, 2006.

SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. “O falso direito de greve”. 1996. Doc. Eletr. Disponível em: <http://www.servulo.com.br/pdf/greve.pdf>. Acesso em 12/5/2018.

SEVERO, Valdete S.; SOUTO MAIOR, Jorge. “A greve sem direito”. Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital. USP. 2016. Disponível em: <https://grupodepesquisatrabalhoecapital.wordpress.com/author/grupodepesquisatrabalhoecapital/page/6/>. Acesso em 26/8/2019.

SILVA, Alexandre et al. “Direitos Humanos: essência do direito do trabalho”. São Paulo: Juízes para a Democracia-LTr, 2007.

SILVA, José Afonso. “Curso de direito constitucional positivo”. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA GODOY, Luana M. “Negociação coletiva e precarização das condições de trabalho”. Biblioteca Digital da Universidade Estadual de Londrina. 2011. Doc. Eletr. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/>. Acesso em 13/8/2015

SIQUEIRA, Gustavo S. O STF e história do direito no recurso extraordinário n. 693.456/RJ. “Revista Direito e Práxis”. 2019. Doc. Eletr. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39637>. Acesso em 12/8/2019.

SIQUEIRA, Gustavo S. “História do direito de greve no Brasil (1890-1946)”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOARES, Sebastião. Influências estrangeiras na formação do sindicalismo brasileiro. In: “Sindicalismo no Brasil: os primeiros cem anos? INÁCIO, José R. (coord.), Belo Horizonte: Crisálida, 2007, p. 154-182.

SOUTO MAIOR, Jorge. 2010a. O direito de exercer o direito de greve. In: THOME, Candy; Schwarz, Rodrigo (org.). “Direito coletivo do trabalho”. São Paulo: Elsevier-Campus Jurídico, 2010, p. 255-267.

SOUTO MAIOR, Jorge. 2010b. Greve e Salário. “Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg”., Belo Horizonte, v.51, n.81, jan./jun.2010 p. 175-183.

SOUTO MAIOR, Jorge. 2015. “Direito de greve e direito de resistência”. Blog Jorge Luiz Souto Maior. Doc. Eletr. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/direito-de-greve-e-direito-de-resistencia>. Acesso em 20/12/2019.

SOUZA, J.P. Camargo. “Considerações sobre o direito de greve”. 1988. Jornal O Estado de São Paulo, 14/8/1988, doc. Eletr. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/id/175776/1/000450696.pdf>. Acesso em 12/10/2017.

SOUZA, Ronald Amorim. “Greve e locaute”. São Paulo: LTr, 2007.

SOUZA, Ronald Amorim. “Limitação autônoma ao exercício da greve -Uma análise da cláusula da paz”. 2018. Doc. Eletr. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069775.pdf>. Acesso em 14/01/2018,

SOUZA, Vanderlei S; SANTOS, Ricardo V. O Congresso Internacional de Raças, 1911: contextos, temas e debates. “Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi Ciências Humanas”, set/dez, 2012, v. 3, p. 3, p. 745-770.

SOUZA JR., José Geraldo de. 1990. “Movimentos Sociais. A emergência de novos sujeitos – o sujeito coletivo de direito. Belo Horizonte: XIX Conferência Nacional da OAB (anais).

SOUZA JR. José Geraldo de. 2008. “Direito como liberdade: o direito achado na rua. Experiências populares emancipatórias na criação do direito”. Tese de doutoramento. UNB, Brasília.

SPAVENTA, Javier. “La titularidade del derecho de huelga y el fallo de la Corte Suprema en la causa Orellano”. 2012. Doc. Eletr. Site: academia.edu. Disponível em : <https://www.academia.edu/31122371/>. Acesso em 13/8/2018.

SPAVENTA, Javier. “La análisis alternativo sobre la huelga y otras formas de protesta”. 2016. Doc. Eletr. Site: academia.edu. Disponível em: <https://uba.academia.edu/JavierSpaventa>. Acesso em 13/8/2018.

STF Notícias. Ministra alemã apresenta no STF conferência sobre a eficácia dos direitos fundamentais. 16/8/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms>. Acesso em 5/7/2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Responsabilidade pelo abuso do direito de greve. “Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho”, ano 1, n. 1, 1993, p. 37-44.

SÜSSEKIND, Arnaldo, “La huelga en el derecho brasileiro” (traducción de José Pugliese).IN: “La Huelga. Grève – Sciopero – Streiks – Strikes – Greve. La acción gremial y sus aspectos jurídicos sociales en América y Europa”, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1951, t. II, p. 146-56.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. “Instituições de Direito do Trabalho”, vol 1, 18ª edição. São Paulo: Editora LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. “A responsabilidade do sindicato na greve”. Doc eletr. 2007. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista32e33/>. Acesso em 01/3/2018.

TEDH. Sentença Enerji Yapi-Yol Sen 2009. Asunto 68959/01 de 21 de abril de 2009. Doc. Eletr. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press>, Acesso em 01/8/2019.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. “Instituições do Direito do Trabalho”. São Paulo: LTR, 1993.

THOME, Candy. Apontamentos sobre o direito de greve: greve de solidariedade e greve política. In: THOME, Candy; Schwarz, Rodrigo (org.). “Direito coletivo do trabalho”. São Paulo: Elsevier-Campus Jurídico, 2010, p. 259-267.

THOMPSON, E. P. “A formação da classe operária inglesa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

TORRES, Daniel. A ação sindical comunitária – greve transnacional. In: ALVES DOS SANTOS et al. “Direito do trabalho na integração regional”. São Paulo: Observer – Legal Observer, 2002, p. 247-255.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”. 2. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos 1996.

TUBINAMBÁ NETO, Hermes Afonso. A Constituição e a abusividade de greve. In: “Direito do trabalho e a nova ordem constitucional”. São Paulo: LTr, 1991.

TUPINAMBÁ NETO, Hermes Afonso. “A solução jurisdicional dos conflitos coletivos no direito comparado – uma revisão crítica”. São Paulo, LTr, 1993.

URIARTE, Oscar Ermida. “A flexibilização da greve”. São Paulo: LTr, 2000.

URIARTE, Oscar Ermida. “Apuntes sobre la huelga”. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1996.

VALDÉS, José M.S.C. “Los acuerdos de fin de huelga” Valencia: Tirant Monografías, 2002.

VALOR ECONOMICO. Jornal On line. “Não há mais controle sobre o movimento, afirma líder sindical”. 26/5/2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/>. Acessado em 12/12/2019.

VALVERDE, Antonio, “Regulación de la huelga, libertad de huelga y derecho de huelga”. In: ALONSO OLEA y otros, Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo, Murcia: Colegio de Abogados, 1978.

VAZQUEZ, Jorge Rendón. “Economia y conflicto social”. La Plata: EFT, 1999.

VEJA Economia. Caminhoneiros e sindicatos ameaçam governo Bolsonaro com nova greve. “Revista Veja”, 25/11/2019.

VIANA, Márcio Túlio. Greve e direitos humanos. In: SILVA, Alexandre et al. “Direitos humanos: essência do direito do trabalho”. São Paulo: Juízes para a Democracia-LTr, 2007, p. 88-105.

VIANA, Márcio Túlio. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. “Revista do Tribunal Regional da 3ª Região”, Belo Horizonte, vol. 49, n. 79, jan/jun, 2009, p. 101-121.

VIANA, Márcio Túlio. “Direito de resistência”. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Conflitos Coletivos do Trabalho. “Revista do Tribunal Superior do Trabalho”, vol. 66, n. 1, jan/mar 2000, p. 116-150.

VIANA, Márcio Túlio. “Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias”. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, jan/jun 2009, p. 101-121.

VIANA, Nildo. “A greve como direito coletivo dos trabalhadores”. Doc. eletr. Site Passapalavra. 2012. Disponível em: <https://passapalavra.info/2012/06/61127/>. Acesso em 07/9/2018.

VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, JL. “Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica”. Granada: Comares, 2002.

VIDA SORIA et al. “Manual de Derecho del Trabajo”. Granada: Comares, 2004.

VILLAVICENCIO RÍOS. Alfredo. “La libertad sindical em Perú: fundamentos, alcances y regulación”. Lima: OIT- Pontificie Universidad Católica del Perú, 2010.

VILLAVICENCIO RÍOS, A. “A liberdade sindical nas normas e pronunciamentos da OIT”. São Paulo: LTr, 2011.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto. O direito de greve e suas limitações. “Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal”, Rio de Janeiro, abr. 1912.

WEBER, Max. “Política como vocação” (1919) Max Weber – tradução e notas. In: Ciência e Política. São Paulo: Editora Martin Claret, 2015.

WINKLER, MA. Crise de 2008: a quebra do Lehman Brothers e suas lições, O Estado de São Paulo”. São Paulo, 15/9/2010.

XAVIER, Antonio G, As reais dimensões da greve. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região”, ano 3, n. 7, abr/jun, 1969, p. 19-29.

XAVIER SOLA et al. Materials de dret. Bellaterra (Barcelona): Universitat Autònoma de Barcelona, 2000.

ZAIGNAGHI, Domingos Sávio. A greve como direito fundamental, “Revista LTr”, ano 70, n. 12, dez, 2006, 1472-82.

ANEXOS

Anexo I

Código Penal de 1890 (Decreto n. 847 de 11/10/1890 Capítulo VI – Dos crimes contra a liberdade de trabalho.

Atentado contra a liberdade de trabalho

Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência;

II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de greve ou paralisação de atividade econômica:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta

Art. 198 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Atentado contra a liberdade de associação

Art. 199 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem

Art. 200 - Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ único - Para que se considere coletivo o abandono de trabalho é indispensável o concurso de, pelo menos, três empregados.

Paralisação de trabalho de interesse coletivo

Art. 201: “Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo. Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem.

Art. 202 - Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor”.

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista.

Art. 203, caput: “Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, de dois contos a dez contos de réis, além da pena correspondente à violência.

Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho.

Art. 204. Constranger, ou impedir alguém de exercer a sua indústria, comércio ou ofício; de abrir ou fechar os seus estabelecimentos e oficinas de trabalho ou negócio; de trabalhar ou deixar de trabalhar em certos e determinados dias: Pena - de prisão celular por um a três meses.

Exercício de atividade com infração de decisão administrativa.

Art. 205. Seduzir, ou aliciar, operários e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa, ou ameaça de algum mal. Penas - de prisão celular por um a três meses e multa de 200\$ a 500\$000.

Aliciamento para o fim de emigração.

Art. 206. Causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho, para impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário: Pena - de prisão celular por um a três meses.

§ 1º Se para esse fim se coligarem os interessados: Pena - aos chefes ou cabeças da coligação, de prisão celular por dois a seis meses.

§ 2º Se usarem de violência: Pena - de prisão celular por seis meses a um ano, além das mais em que incorrerem pela violência.

Aliciamento para o fim de emigração

Art. 206 - Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional

Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena - detenção de um a três anos, e multa § 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Decreto nº 1.162, de 12 de dezembro de 1890 –

Art. 1º - Os artigos. 205 e 206 do Código Penal e seus parágrafos ficam assim redigidos: 1º Desviar operários e trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças e constrangimento:

Penas - de prisão celular por um a três meses e de multa de 200\$ a 500\$000.

Art. 2º Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho por meio de ameaças ou violências, para impor aos operários ou patrões aumento ou diminuição de serviço ou salário: Penas - de prisão celular por um a três meses.

Decreto n. 5.221 de 12 de agosto de 1927.

Art. 1 São inafiançáveis os crimes previstos no decreto n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, e as penas respectivas passam a ser de seis meses a um ano de prisão celular para o caso do § 1º e de um a dois anos para o caso do § 2º.

Lei n. 38, de 4/4/1935

Art. 7º Incitar funcionários públicos ou servidores do Estado à cessação coletiva, total ou parcial, dos serviços a seu cargo.

Art. 8º Cessarem coletivamente funcionários públicos, contra a lei ou regulamento, os serviços a seu cargo.

Art. 18 Instigar ou preparar a paralisação de serviços públicos ou de abastecimento da população.

Pena: de 1 a 3 anos de prisão celular.

§ único – Não se aplicará a sanção deste artigo ao assalariado, no respectivo serviço, desde que tenha agido exclusivamente por motivos pertinentes às condições de seu trabalho.

Art. 19. Induzir empregadores ou empregados à cessação ou suspensão do trabalho por motivos estranhos às condições do mesmo.

Consolidação das Leis Penais de 1932.

CAPÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE DE TRABALHO - Art. 204 - Constranger ou impedir alguém de exercer a sua indústria, comércio ou ofício; de abrir ou fechar os seus estabelecimentos e oficinas de trabalho ou negócio; de trabalhar ou deixar de trabalhar em certos e determinados dias: PENA - de prisão celular por três meses a um ano.

§ 1.0 - Desviar operários e trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas:

PENA - de prisão celular por seis meses a um ano.

§ 2.º - Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho, por meio de ameaças ou violências, para impor aos operários ou patrões, aumento ou diminuição de salário ou serviço:

PENA - de prisão celular por um a dois anos

Decreto-lei 431, de 1938

Art. 22 - Induzir empregadores ou empregados à cessação ou suspensão do trabalho.

Pena – 1 a 3 anos e prisão.

Constituição de 1937.

Art. 139. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a justiça do trabalho, que será regulada em lei e a qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum.

§ único. A greve e o “lock-out” são declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Decreto-lei n 9070 de 15/3/1946

Art. 3º São consideradas fundamentais, para os fins desta lei, as atividades profissionais desempenhadas nos serviços de água, energia, fontes de energia, iluminação, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga e descarga; nos estabelecimentos de venda de utilidade ou gêneros essenciais à vida das populações; nos matadouros; na lavoura e na pecuária; nos colégios, escolas, bancos, farmácias, drogarias, hospitais e serviços funerários; nas indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional.

Constituição de 1946.

Art 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

Lei 4330/64, art. 17, § único

“As autoridades garantirão livre acesso ao local de trabalho aos que queiram prosseguir na prestação de serviços”

Lei 6620/78 – Lei de Segurança Nacional

Art. 27 - Impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Decreto-lei n. 1.632 de 4 de agosto de 1978 –

Art. 1º - São de interesse da segurança nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República. § 1º Compreendem-se na definição deste artigo a produção, a distribuição e a comercialização. § 2º Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal.

Art 2º - Para os efeitos deste Decreto-lei, constitui greve a atitude da totalidade ou de parte dos empregados que acarrete a cessação da atividade ou diminuição de seu ritmo normal.

Art 3º - Sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o empregado que participar de greve em serviço público ou atividade essencial referida no artigo 1º incorrerá em falta grave, sujeitando-se às seguintes penalidades, aplicáveis individual ou coletivamente, dentro do prazo de 30 (trinta) dias do reconhecimento do fato, independentemente de inquérito: I - Advertência; II - Suspensão de até 30 (trinta) dias; III - Rescisão do contrato de trabalho, com demissão, por justa causa. § 1º Quando se tratar de empregado estável, a demissão será precedida de apuração da falta em processo sumário. § 2º Sujeita-se ao disposto neste artigo, igualmente, o empregado que, por qualquer forma, concorrer para a greve.

Art 4º - Cabe ao Ministro do Trabalho o reconhecimento da ocorrência de greve em qualquer das atividades essenciais definidas no artigo 1º, para os efeitos deste Decreto-lei.

Art 5º - Sem prejuízo da responsabilidade penal, será punido com advertência, suspensão, destituição ou perda de mandato, por ato do Ministro do Trabalho, o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional que, direta ou indiretamente, apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial.

Art 6º - Incorre em falta grave, punível com demissão ou suspensão, o funcionário público que participar de greve ou para ela concorrer.

ANEXO II

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 59, DE 26 DE MAIO DE 1989.

Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º A greve é um direito dos trabalhadores, a quem compete decidir sobre a oportunidade de seu exercício e definir, relativamente aos direitos sociais, os interesses a defender por meio dele.

Art. 2º O exercício do direito de greve é decidido pelos trabalhadores, reunidos no âmbito de suas entidades sindicais ou profissionais, cujas assembleias, convocadas na forma estatutária, e observado o quorum não inferior a 1/3 (um terço) de seus associados, deliberarão por voto pessoal, reputando-se aprovada a declaração de greve desde que apoiada pela maioria dos votantes.

Art. 3º As entidades sindicais ou profissionais representarão os trabalhadores em greve, sempre que estes deixarem de eleger, na assembleia a que se refere o artigo anterior, uma comissão de greve, para esse efeito.

Art. 4º As entidades sindicais ou profissionais, ou a comissão de greve podem utilizar meios pacíficos, tendentes a persuadir os trabalhadores a aderirem à greve, respeitada, sempre, a liberdade de trabalho dos que a ela se opuserem.

Art. 5º A participação em greve legal não rescinde o contrato de trabalho, nem extingue os direitos e obrigações dele resultantes.

§ único. A greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período da sua duração e o cômputo do tempo de paralisação como de trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados.

Art. 6º A greve será reputada ilegal:

I - se não atendidos os prazos e as condições estabelecidas nesta Medida Provisória;

II - se tiver por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de 1 (um) ano;

III - se tiver por fim alterar condição constante de acordo sindical, convenção coletiva de trabalho ou decisão normativa da Justiça do Trabalho em vigor, salvo se tiverem sido modificados substancialmente os fundamentos em que se apóiam.

Art. 7º Consideram-se essenciais, para os fins desta Medida Provisória, as atividades ou serviços:

I - de abastecimento de água e energia elétrica;

II - de esgoto e de limpeza pública;

III - de carga e descarga portuária e aeroportuária;

IV - médico-hospitalares;

V - funerários;

VI - de transporte coletivo;

VII - de compensação bancária;

VIII - postais e de telecomunicações;

IX - de processamento de dados ligados à Administração Pública e a serviços essenciais;

X - de produção, transporte, distribuição e comercialização de remédios, de gêneros alimentícios e de combustíveis;

XI - de guarda, uso e controle de:

Substâncias radioativas; instalações equipamentos e materiais nucleares; informações tecnológicas relevantes

XII - de controle de vôos;

XIII - do Banco Central do Brasil, nas suas funções de autoridade monetária, dentre elas a fiscalização, controle do meio circulante, câmbio, administração de reservas bancárias, operações de mercado aberto e operações externas.

Art. 8º Na greve legal em serviços ou atividades essenciais, as entidades sindicais ou profissionais, ou as comissões de greve são obrigadas a:

I - comunicar o estado de greve aos empregadores, aos usuários e à comunidade, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas da paralisação;

II - designar os empregados convocados pelo empregador, indispensáveis à continuidade dos serviços ou atividades inadiáveis, bem assim à preservação dos respectivos equipamentos e instalações.

§ 1º Não cumprida a obrigação a que se refere o inciso II, os trabalhadores serão convocados diretamente pelo empregador, e a recusa constituirá falta grave, punível nos termos do artigo 14, sem prejuízo da contratação patronal de trabalhadores para execução dos serviços essenciais, enquanto perdurar a greve.

§ 2º No caso de iminente perigo contra a coletividade, e frustrada a providência a que alude o parágrafo anterior, o Presidente da República, de ofício ou a pedido de autoridade executiva local ou judiciária competente, poderá determinar, nos termos desta Medida Provisória, a requisição civil a que se refere o artigo 22, III, da Constituição.

Art. 9º A requisição civil, que tem caráter excepcional, compreende o conjunto de medidas determinadas pelo Presidente da República, e necessárias para garantir o regular funcionamento de serviços essenciais, podendo incidir sobre:

- I - a prestação de serviço, individual ou coletiva;
- II - a cessão de bens móveis ou semoventes.

Parágrafo único. O ato que decretar a requisição civil deverá indicar:

- I - o seu objeto e duração;
- II - a autoridade responsável por sua execução;
- III - o regime de prestação de trabalho dos requisitados.

Art. 10. A requisição civil de pessoas, que recairá preferencialmente sobre os grevistas, poderá alcançar quaisquer trabalhadores maiores de dezoito anos.

§ 1º A requisição de que trata este artigo não acarretará outra indenização, além do pagamento da remuneração e demais vantagens decorrentes do respectivo contrato de trabalho.

§ 2º A requisição de bens assegurará ao proprietário indenização ulterior pelo período de sua utilização e por eventuais danos a eles causados.

Art. 11. Constitui abuso no exercício do direito de greve:

I - deflagrá-la sem prévia notificação à empresa e à comunidade ou com inobservância das formalidades previstas nesta Medida Provisória ou no estatuto da entidade sindical;

II - impedir ou tentar impedir, mediante violência ou grave ameaça, o livre exercício do direito ao trabalho dos que não aderirem à greve;

III - praticar violência ou grave ameaça contra pessoa, bem assim provocar dano a bens do empregador ou de terceiros;

IV - incitar desobediência à ordem legítima de autoridade;

V - aliciar pessoas estranhas à categoria profissional, para que participem do movimento grevista;

VI - ocupar o estabelecimento, impedir seu funcionamento ou obstar o acesso do empregador, dos empregados que não aderirem à greve ou de terceiros.

Parágrafo único. Configurado o abuso no exercício do direito de greve, as entidades sindicais ou profissionais, e seus dirigentes, que a houverem deflagrado,

responderão solidariamente pelos atos ilícitos que os grevistas, nessa condição, praticarem.

Art. 12. Quando se tratar de serviços ou atividades essenciais, constitui, também, abuso no exercício do direito de greve:

I - omitir-se ou negligenciar a direção da entidade sindical na designação de trabalhadores, na forma do artigo 8º, II;

II - deixar, o empregado designado ou convocado, de prestar os serviços, injustificadamente, ou prestá-los em desacordo com as normas técnicas e as diligências exigíveis.

Art. 13. Além dos previstos no Título IV da Parte Especial do Código Penal, constituem crimes contra a organização do trabalho, puníveis, nos termos desta Medida Provisória, com a pena de detenção, de um a seis meses, e multa:

I - deixar de atender, sem justa causa, ao ato de requisição civil, no prazo e pelo modo nele indicados;

II - incitar, publicamente, por qualquer meio, a desobediência e recusa de atendimento ao ato de requisição civil;

III - paralisar trabalho ou atividade objeto de requisição, ou, ainda, invadir ou ocupar estabelecimento ou empresa, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal da atividade requisitada;

IV - valer-se do movimento grevista para, publicamente, assacar ofensas morais contra qualquer autoridade ou funcionário público (artigo 327 do Código Penal);

V - promover, participar ou insuflar greve, com desrespeito a esta Medida Provisória;

VI - incitar desrespeito à sentença normativa da Justiça do Trabalho que puser termo à greve ou obstar a sua execução;

VII - deixar, o empregador, maliciosamente, de cumprir decisões normativas da Justiça do Trabalho, convenções ou acordos coletivos ou laudos arbitrais, ou obstar a sua execução;

VIII - incitar à greve ou aliciar participantes quando estranhos à categoria profissional;

IX - praticar coação para impedir ou exercer a greve;

X - promover, participar ou insuflar a paralisação da atividade da empresa por iniciativa do empregador (lock-out).

Parágrafo único. Se o crime é cometido com emprego de violência ou grave ameaça: Pena - detenção, de um a dois anos, além da pena correspondente à violência.

Art. 14. Sem prejuízo das demais sanções cabíveis, o empregado ou dirigente sindical que praticar qualquer dos atos referidos nos artigos 11 e 12, incorrerá em falta grave, sujeitando-se às seguintes penalidades, aplicáveis individual ou coletivamente, dentro do prazo de trinta dias do conhecimento do fato:

I - advertência;

II - suspensão de até trinta dias;

III - rescisão do contrato de trabalho, com demissão, por justa causa.

Parágrafo único. Constitui circunstância agravante da pena a prática dos atos mencionados nos incisos II a VI do artigo 11, sob anonimato ou utilizando-se, o agente, de qualquer meio que lhe dificulte a identificação.

Art. 15. O exercício do direito de greve nos serviços da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dar-se-á nos termos e nos limites definidos na lei complementar a que se refere o artigo 37, inciso VII, da Constituição.

Art. 16. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 17. Ficam revogados a Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964, o Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, e demais disposições em contrário.

Brasília, 26 de maio de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

JOSÉ SARNEY

Oscar Dias Corrêa

Dorothea Werneck

ANEXO III

REAL DECRETO LEY DE RELACIONES DE TRABAJO RDL 17/1977, DE 4 DE MARZO (BOE 9 DE MARZO)

TITULO I. El derecho de huelga

CAPITULO I. La huelga

CAPITULO I. La huelga

Artículo 1.

El derecho de huelga, en el ámbito de las relaciones laborales, podrá ejercerse en los términos previstos en este Real Decreto-ley.

Artículo 2.

Son nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga.

Artículo 3.

1. La declaración de huelga, cualquiera que sea su ámbito, exige, en todo caso, la adopción de acuerdo expreso, en tal sentido, en cada centro de trabajo.
2. Están facultados para acordar la declaración de huelga:
 - a) Los trabajadores, a través de sus representantes. El acuerdo será adoptado, en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos. De la reunión, a la que habrán de asistir al menos el 75 por 100 de los representantes, se levantará acta, que deberán firmar los asistentes.

b) Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto, cuando el 25 por 100 de la plantilla decida se someta a votación dicho acuerdo. La votación habrá de ser secreta y se decidirá por mayoría simple. El resultado de ésta se hará constar en acta.

3. El acuerdo de declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral por los representantes de los trabajadores.

La comunicación de huelga deberá hacerse por escrito y notificada con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación. Cuando el acuerdo de declaración de huelga lo adopten directamente los trabajadores mediante votación, el plazo de preaviso comenzará a contarse desde que los representantes de los trabajadores comuniquen al empresario la celebración de la misma. La comunicación de huelga habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su inicio y composición del comité de huelga.

Artículo 4.

Cuando la huelga afecte a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos, el preaviso del comienzo de huelga al empresario y a la autoridad laboral habrá de ser, al menos, de diez días naturales. Los representantes de los trabajadores deberán dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio.

Artículo 5.

Sólo podrán ser elegidos miembros del comité de huelga trabajadores del propio centro de trabajo afectados por el conflicto.

La composición del comité de huelga no podrá exceder de doce personas.

Corresponde al comité de huelga participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto.

Artículo 6.

1. El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral.
2. Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario.
3. El trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador. El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad laboral transitoria.
4. Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga.
5. En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo.
6. Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna.
7. El Comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. Corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios.

Artículo 7.

1. El ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación

por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias.

2. Las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos.

Artículo 8.

1. Los Convenios Colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho.

2. Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo.

Artículo 9.

La Inspección de Trabajo podrá ejercer su función de mediación desde que se comunique la huelga hasta la solución del conflicto.

Artículo 10.

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio. El incumplimiento de este acuerdo podrá

dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 15 y 16.

Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.

Artículo 11.

La huelga es ilegal:

- a) Cuando se inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados.
- b) Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan.
- c) Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo.
- d) Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos.

CAPITULO II. Cierre patronal

Artículo 12.

1. Los empresarios sólo podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, cuando concorra alguna de las circunstancias que siguen:
 - a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas.
 - b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca.

- c) Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción.
2. El cierre patronal, efectuado dentro de los términos establecidos en el presente Real Decreto-ley, producirá respecto al personal afectado los efectos previstos en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 6 del mismo.

Artículo 13.

1. El empresario que al amparo de lo prevenido en el artículo anterior procediera al cierre del centro de trabajo, deberá ponerlo en conocimiento de la Autoridad laboral en el término de doce horas.
2. El cierre de los centros de trabajo se limitará al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron.

Artículo 14.

El empresario que hubiera acordado el cierre del centro de trabajo al amparo de lo prevenido en el artículo 12 y que no lo hubiera reabierto a iniciativa propia o a instancia de los trabajadores, deberá hacerlo, dando opción a su personal a reintegrarse a la actividad laboral, cuando fuera requerido a tales fines por la Autoridad laboral, en el plazo que establezca el propio requerimiento, incurriendo en caso contrario en las sanciones previstas en el artículo 15.

CAPITULO III. Sanciones

Artículo 15.

El empresario que procediera al cierre del centro de trabajo, salvo en los supuestos previstos en el artículo 12, será sancionado en la forma y por los órganos que establece el artículo 33 de la Ley de Relaciones Laborales .

Las sanciones que establece dicho artículo se entienden sin perjuicio de la obligación empresarial de reabrir el centro de trabajo ilícitamente cerrado y de abono a los trabajadores que hayan dejado de prestar sus servicios como consecuencia del cierre del centro de trabajo los salarios devengados durante el período de cierre ilegal.

Artículo 16.

1. Los trabajadores que participasen en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo, incurrirán en la falta prevista en el apartado j) del artículo 33 de este Real Decreto-ley.
2. Los trabajadores que, de acuerdo con el artículo 6, párrafo 7, fuesen designados para el mantenimiento de los servicios previstos y se negasen a ello, incurrirán en la causa justa de despido establecida en el apartado k) del artículo 33 del presente Real Decreto-ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedieran.

TITULO II. Conflictos colectivos de trabajo

CAPITULO I. Disposiciones generales

Artículo 17.

1. La solución de situaciones conflictivas que afecten a intereses generales de los trabajadores podrá tener lugar por el procedimiento de Conflicto Colectivo de Trabajo que se regula en este título.
2. Cuando los trabajadores utilicen el procedimiento de Conflicto Colectivo de Trabajo no podrán ejercer el derecho de huelga.
3. Declarada la huelga, podrán, no obstante, los trabajadores desistir de la misma y someterse al procedimiento de Conflicto Colectivo de Trabajo.

Artículo 18.

1. Sólo podrán instar la iniciación de Conflicto Colectivo de Trabajo:

- a) Los representantes de los trabajadores en el ámbito correspondiente al conflicto, por iniciativa propia o a instancia de sus representados.
 - b) Los empresarios o sus representantes legales, según el ámbito del conflicto.
2. Cuando el procedimiento de conflicto colectivo se inicie a instancia de los empresarios, y los trabajadores ejerzan el derecho de huelga, se suspenderá dicho procedimiento, archivándose las actuaciones.

Artículo 19.

La competencia para conocer de los Conflictos Colectivos de Trabajo corresponde, según su naturaleza:

- a) Al Delegado de Trabajo de la provincia en que se plantea el conflicto. La Dirección General de Trabajo será competente en los conflictos colectivos laborales que afecten a trabajadores de varias provincias.
- b) Al Orden Jurisdiccional Laboral, de acuerdo con lo establecido en esta disposición y en la Ley de Procedimiento Laboral.

Artículo 20.

No podrá plantearse Conflicto Colectivo de Trabajo para modificar lo pactado en Convenio Colectivo o establecido por un laudo.

CAPITULO II. Procedimiento

Artículo 21.

El planteamiento de Conflicto Colectivo de Trabajo se formalizará por escrito, firmado y fechado, en el que consten nombre, apellidos, domicilio y carácter de las personas que lo plantean y determinación de los trabajadores y empresarios afectados; hechos sobre los que versa el conflicto, peticiones concretas que se formulen, así como los demás datos que procedan.

Artículo 22.

El escrito a que se refiere el artículo anterior habrá de presentarse ante la Delegación de Trabajo de la provincia en que se plantee el conflicto. Cuando el conflicto afecte a trabajadores de varias provincias, dicho escrito será presentado ante la Dirección General de Trabajo.

Artículo 23.

En las veinticuatro horas siguientes al día de la presentación del escrito citado en el artículo 21, la Autoridad laboral remitirá copia del mismo a la parte frente a la que se plantee el conflicto y convocará a las partes de comparecencia ante ella, la que habrá de tener lugar dentro de los tres días siguientes.

Artículo 24.

En la comparecencia, la Autoridad laboral intentará la avenencia entre las partes. Los acuerdos serán adoptados por mayoría simple de las representaciones de cada una de las mismas. Dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo.

Las partes podrán designar a uno o varios Árbitros. En tal caso éstos, que cuando sean varios habrán de actuar conjuntamente, deberán dictar su laudo en el término de cinco días. La decisión que adopten tendrá la misma eficacia que si hubiera habido acuerdo entre las partes.

.....

ANEXO IV

STF HC 5.910, em outubro de 1920³⁶³

“Considerando que a greve pacifica é um direito que póde ser livremente exercido pelo operario, e que o exercicio de um direito em qualquer paiz livre e policiado não constitue delicto, nem colloca o seu titular em situação de ser considerado um elemento pernicioso á sociedade e compromettedor da tranquillidade publica; Considerando que dos documentos offerecidos se prova, á evidencia, que o paciente, intervindo na grêve da Mogyana com intuito de acalmar os animos exaltados dos grévistas, nem um acto praticou, isoladamente contra pessoas e cousas, definido pela Lei penal, e nem qualquer outra manifestação por palavras, ou factos teve como indicativo de ser elle um “elemento pernicioso á sociedade”, na qual vive há vinte e quatro annos, e em cujo meio presta assitencia a 7 filhos brasileiros. Considerando que o paciente é brasileiro, porquanto, tem filhos brasileiros, e possui um immovel urbano em Campinas, ut documento de fls. 27, pelo que é contribuinte dos cofres municipaes por impostos devidos pela propriedade predial. Considerando que, nessa situação, a Constituição da Republica, no art. 96 parágrafo 5, considera o estrangeiro naturalizado brasileiro para todos os effeitos legaes, e que a lei de expulsão invocada não se applica a brasileiros.

O Supremo Tribunal Federal DÁ PROVIMENTO ao recurso interposto, para que cêsse todo e qualquer constrangimento contra o paciente, oriundo da portaria de expulsão. Custas “ex-causa”.

Supremo Tribunal Federal, 14 de Junho de 1920.

– Pedro Mibielli, Relator: ainda que estrangeiro fôsse o paciente, provado que é residente, eu concederia o “habeas-corpus”, no termos do art. 72 da Constituição da Republica.

– Pedro Lessa, Leoni Ramos, Pedro dos Santos, Viveiros de Castro, Godofredo Cunha, Sebastião de Lacerda, Muniz Barreto, Germenegildo de Barros e João Mendes.

³⁶³ Transcrição do voto em SIQUEIRA (2009).

ANEXO V

PROCESSO Nº TST-RR-253840-90.2006.5.03.0140

A C Ó R D Ã O 7ª TURMA VMF/gor/zh/drs

RECURSO DE REVISTA – AJUIZAMENTO SIMULTÂNEO DE INTERDITOS PROIBITÓRIOS – GREVE – CONDUTA ANTISSINDICAL - ABUSO DE DIREITO – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL COLETIVO. Os interditos possessórios são ações hábeis a provocar o Estado no intuito de se promover a defesa da posse que tenha sido tomada, perturbada ou, ao menos, ameaçada. No caso dos autos, os réus impetraram vinte e um interditos proibitórios, tendo como suposto receio a iminência de moléstia à posse provocada pelos movimentos grevistas deflagrados pelos trabalhadores dos réus. A ordem constitucional brasileira, em sua evolução histórica, caminhou, de forma não linear, em torno de três acepções acerca do conceito de greve: “fato socialmente danoso (delito), socialmente indiferente (liberdade) ou fato socialmente útil (direito)”. Na Constituição Federal de 1988 ocorre, pela primeira vez, a elevação do direito de greve como direito fundamental, consagrando-o, desta via, como elemento definidor e legitimador de toda a ordem jurídica positiva. A garantia ao direito de greve deve ser interpretada no contexto de afirmação ao princípio da liberdade sindical e seu sistema e mecanismos de proteção, sendo que o sistema de proteção da tutela da liberdade sindical contra atos antissindicais transborda a ordem nacional e encontra abrigo no sistema internacional de direitos humanos trabalhistas. A impetração de interditos proibitórios, independentemente do sucesso ou insucesso das ações, representa, em si, a tentativa de inviabilizar a livre participação dos trabalhadores em atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica, o que implica em ofensa ao princípio da liberdade sindical e faz incidir o sistema de proteção contra atos antissindicais, notadamente, o art. 1º da Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho. Portanto, utilizar de ações judiciais, na forma realizada pelos réus, em que se partiu da presunção de abusos a serem cometidos pelos grevistas, requisito particular do instituto do interdito proibitório, atenta contra os princípios concernentes ao direito de greve e configura ato antissindical, consubstanciando abuso do direito de ação, sendo devida a reparação do dano moral suportado pelos trabalhadores da categoria representada pelo Sindicato autor.

Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-AIRR-253840-90.2006.5.03.0140**, em que é Recorrente **SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE BELO HORIZONTE E REGIÃO** e são Recorridos **BANCO ABN AMRO REAL S.A., BANCO SANTANDER BANESPA S.A., BANCO ITAÚ S.A., UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S.A. - UNIBANCO, BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A., BANCO BRADESCO S.A., HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO e BANCO SAFRA S.A.**

Adoto o relatório da Exma. Ministra Delaíde Miranda Arantes:

“A Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho

da 3.ª Região denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo sindicato reclamante.

Inconformado, o sindicato reclamante interpõe agravo

de instrumento, sustentando que seu recurso de revista tinha condições de prosperar.

Foram apresentadas contrarrazões e contraminuta.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, consoante o art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.”

V O T O

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade,
conheço do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

2.1 - INTERDITOS PROIBITÓRIOS – GREVE – CONDUTA ANTI-SINDICAL - ABUSO DE DIREITO – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL COLETIVO

Trata-se de agravo de instrumento recurso de revista
interposto pelo Sindicato-autor em face da decisão proferida pela Vice-Presidência do 3º Tribunal Regional do
Trabalho, por meio da qual foi denegado seguimento ao recurso de revista do autor.
O 3º Tribunal Regional do Trabalho negou provimento
ao recurso ordinário do autor e afirmou não ter ocorrido abuso de direito por parte dos réus, consoante os
seguintes fundamentos:

.....
Insurge-se o Recorrente contra a r. sentença de primeira instância que indeferiu o pedido relativo aos alegados
danos materiais e morais decorrentes da utilização indiscriminada, irregular e abusiva, pelas empresas bancárias,
dos interditos proibitórios aviados com o propósito de reprimir as manifestações grevistas. Sustenta que se trata
de autêntica coação moral, impedindo os trabalhadores da iniciativa privada à greve, o que caracteriza o dano
moral coletivo.

Contudo, não assiste razão ao Recorrente.

Trata a presente, de ação civil pública ajuizada pelo Sindicato dos

Empregados em Estabelecimentos Bancários de Belo Horizonte e Região contra diversas entidades financeiras,
em que o Autor postula sejam as requeridas condenadas à indenização por dano moral coletivo pela prática de se
adotar ato obstativo ao exercício do movimento paretista dos trabalhadores bancários através do ajuizamento de
diversas ações de interditos proibitórios, frustrando o livre exercício do direito de greve.

Não se olvida que a greve é um eficaz e legítimo instrumento de pressão social e econômica dos trabalhadores
para persuadir os empregadores a atender às suas reivindicações. Trata-se de um direito constitucional em que a
categoria profissional, de maneira soberana, possui a prerrogativa de “decidir sobre a oportunidade de exercê-lo
e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (art. 9º da CF/88).

Entretanto, é de se ressaltar que não se trata de um direito absoluto ou incondicionado, porquanto o próprio
ordenamento jurídico constitucional apresenta limitações ao exercício do direito de greve, quando estabelece
disposições inerentes ao atendimento das necessidades inadiáveis ou essenciais da comunidade, sujeitando,
ainda, os responsáveis, em caso de abuso de direito, às penas da lei (art. 9º, §§ 1º e 2º, CF/88).

Doutra monta, a legislação infraconstitucional, instrumentalizada na Lei nº 7.783/89, regulamenta o direito
constitucional de greve, dispondo que, em hipótese alguma, na tentativa de persuadir ou aliciar trabalhadores a
aderirem à greve, os meios adotados pelos empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos
e garantias fundamentais de outrem, bem assim que as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos
grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa (art. 6º).
Pois bem, a controvérsia destes autos cinge-se em apurar se a utilização de interditos proibitórios pelas entidades
financeiras configura ou não medida tendente a frustrar o livre exercício do direito de greve e, por conseguinte, a
gerar dano moral de ordem coletiva.

Em que pese a fundamentação do Recorrente sindical de que os bancos Réus utilizam os interditos proibitórios
expedidos pela Justiça Comum com o objetivo de aniquilar o movimento grevista, afrontando um direito
constitucional assegurado à categoria profissional, não se configura na conduta patronal qualquer tipo de atitude
arbitrária e obstativa ao livre exercício do movimento paretista.

A concessão de interditos proibitórios pela Justiça Comum (então competente à época, já que ainda não se
encontrava em vigor a EC 45/2004), visando a resguardar a posse e a propriedade das instituições bancárias, não
implica, por si só, violação ao direito de greve, visto que, conquanto a Constituição Federal assegure a adoção do

movimento paredista, a mesma Carta Política resguarda também a propriedade e garante a inafastabilidade da jurisdição, através do exercício do direito de ação, possibilitando ao interessado, in casu, aos empregadores, implementar medidas processuais visando a defender a sua propriedade, protegendo-a da turbacão ou esbulho porventura cometidos pela categoria que deflagrou o movimento grevista.

A utilização pelas instituições financeiras dos interditos proibitórios, mormente quando são concedidos pela Justiça Comum, não implica afronta ao direito de greve, já que se refere ao uso do direito de ação que é assegurado constitucionalmente, sempre que o interessado se sentir lesado ou ameaçado de sofrer lesão. Na hipótese, buscou-se garantir o pleno exercício do direito de posse, o funcionamento do sistema financeiro, o resguardo ao direito de clientes e usuários e o direito dos trabalhadores que voluntariamente decidiram não aderir à greve.

Aliás, a utilização pelos Bancos Reclamados dos interditos significa que todos têm direito de acesso à Justiça para invocar a tutela do Estado, quer de modo reparatório, quer de modo preventivo, inclusive, como o fez o Sindicato, ora Recorrente, que, consoante os documentos de f. 132/236, conseguiu revogar diversas decisões liminares favoráveis aos Bancos.

Ademais, não se vê nos mandados liminares dos interditos proibitórios, expedidos pela Justiça Comum (f. 239, 258, 325, 355, 370, 380, 389 e 400), autorização expressa para a polícia militar adotar medidas intimidativas ao acesso dos grevistas no âmbito interno das agências bancárias, como não há qualquer determinação que proíba a manifestação pacífica dos bancários fora das agências, uma vez que os referidos interditos apenas buscaram assegurar a liberdade de ir e vir aos empregados do banco, que optaram por não aderir ao movimento paredista, aos clientes bancários e aos demais usuários, mantendo, assim, a integridade patrimonial das agências dos Réus.

Não se vislumbra, portanto, na hipótese, qualquer abuso do direito de ação dos Reclamados, uma vez que não se pretendeu impedir as manifestações dos grevistas em calçadas ou utilização de carros de som.

Sobreleva destacar, por fim, que não se evidenciou qualquer abuso cometido pela esfera policial, bem como pelos oficiais de justiça, que cumpriram as determinações contidas nos referidos interditos, até porque, se estas autoridades tivessem procedido com algum excesso, este deveria a elas serem atribuído, e não às instituições financeiras demandadas, posto que apenas exerceram regularmente seus direitos e obtiveram a devida chancela judicial para tal.

Desta forma, não se constatando qualquer investida abusiva por parte das instituições bancárias demandadas ao livre exercício do direito de greve, impõe-se a manutenção da bem lançada sentença que julgou improcedente a pretensão relativa ao dano moral coletivo e aos honorários advocatícios, veiculados via ação civil pública movida pelo ente sindical.

Nego provimento.

De acordo com a Ministra Relatora, nas razões de recurso de revista, o sindicato autor sustentou que “que a utilização de interditos proibitórios para reprimir manifestações grevistas, como no caso, constitui abuso de direito”. Ainda de acordo com a Ministra Relatora, houve renovação da “divergência jurisprudencial e a arguição de violação dos arts. 5º, XIII, LV, 9º, 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT, 458, II, e 932 do CPC, 187 do Código Civil e 6º da Lei 7.783/89”.

A Relatora, Ministra Dalaíde Miranda Arantes, transcrevendo a decisão denegatória, entende não ter ocorrido negativa de prestação jurisdicional, não ter sido configurado cerceamento de defesa e, quanto ao mérito, afirma incidir o óbice da súmula nº 126 do TST.

A questão da impossibilidade de reexame de fatos e provas ou reenquadramento jurídico da situação registrada pelas Cortes regionais merece atenção e tem sido objeto de estudos e debates. Antonio Castanheira Neves, em “Questão de Facto -Questão de Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de Uma Reposição Crítica)”, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1967, 1ª edição, em aprofundado estudo do tema, destaca o abuso do direito como ilustrativo a marcar uma distinção na abordagem do tema, conforme fls.

513-514 da referida obra:

1. Como é do conhecimento geral, o problema do abuso do direito teve origem na corrente jurisprudencial, e concretamente da jurisprudência francesa (16) – ter surgido desse modo e justamente aí não é decerto pouco elucidativo – que censurava o exercício abusivo de certos direitos, através da anulação do acto concreto desse exercício ou de uma indemnização pelos danos abusivamente causados por ele, mas sem que com isso se pretendesse negar a validade jurídica geral dos direitos subjectivos com fundamento nos quais se diziam praticados os actos abusivos. E logo se pôs ao pensamento jurídico a questão de saber em que termos era

possível compreender essas decisões que, sem invocarem a falta de direito ou sem arguírem a sua nulidade, e antes pressupondo um direito subjectivo válido, anulavam ou de qualquer modo se opunham ao seu exercício em certas condições, aquelas que qualificavam de abusivas. Um ponto era, no entanto, seguro: salvo algumas vozes frouxas que temiam pela <<segurança>> do direito e diziam vislumbrar o perigo do arbítrio judicial (17) – lastro conhecido de resistência a todas as inovações materialmente justas -, o pensamento jurídico reconhecia a validade normativa destas decisões e, portanto, nos problemas normativos ditos de <<abuso de direito>> uma nova questão jurídica impossível de iludir. Tudo estava em saber de que modo exatamente devia ser entendida e qual o seu correcto tratamento jurídico. Este segundo aspecto do problema, na medida sobretudo em que toca com a sanção do abuso – anulação do acto ou indemnização, ou uma e outra consoante os casos – vamos deixá-la de lado, interessando-nos apenas considerar o que o problema revela sobre o sentido do pensamento jurídico que o assimilou.

Ao deparar-se-lhe este problema a sua primeira atitude foi a de tentar reconduzi-lo ao plano em que tradicionalmente pensava todos os problemas jurídicos – ao plano simplesmente categorial-dogmático – e de tentar reduzi-lo mesmo, numa atitude ainda mais conservadora, ao quadro das estruturas disponíveis ou já elaboradas. A questão, dogmáticamente(sic), considerada, traduzia-se em discutir a autonomia do instituto e do conceito do abuso do direito relativamente aos institutos e aos conceitos jurídicos próprios da <<carência do direito>>, do <<ilícito>> da responsabilidade civil comum a da <<ilegalidade>> em geral. Os casos de abuso do direito seriam, afinal, tão-só casos em que se ultrapassavam os limites definidores do direito aparentemente exercitado – casos, pois, de comum ilegalidade ou, mais restritamente, de responsabilidade civil – ou, pelo contrário, punham-no perante uma figura dogmática autónoma, a impor um alargamento do quadro tradicional dos conceitos discriminadores do ilícito?

A questão debatida consiste exactamente em afirmar ou negar a configuração de abuso de direito no fato de terem sido impetrados sucessivos interditos proibitórios por parte dos réus em virtude de movimento grevista deflagrado pelo Sindicato-autor.

Dirijo da Ministra Relatora quanto à incidência do óbice da Súmula nº 126 do TST no particular, porquanto a situação, nos termos em que retratada, ainda que não implique, necessariamente, o provimento da pretensão deduzida, contém elementos suficientes ao enquadramento jurídico de forma diversa.

Dessa forma, entendo que se trata de uma situação geral

passível de uniformização sob o prisma das prioridades constitucionais, motivo pelo qual não incide o óbice da Súmula nº 126 do TST e que ocorrer possível violação do art. 187 do Código Civil.

Assim, **dou provimento** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

Encontrando-se os autos suficientemente instruídos,

com fulcro no art. 897, § 7º, da CLT e na Resolução Administrativa nº 928/2003, em seu art. 3º, § 2º, e nos arts. 228, *caput*, § 2º, e 229, *caput*, do RITST, proceder-se-á de imediato à análise do recurso de revista na primeira sessão ordinária subsequente.

II - RECURSO DE REVISTA

1 – CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de

admissibilidade, concernentes ao cabimento, à tempestividade (fls. 769 e 771), à representação (fls. 81) e ao preparo (fls. 699), passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.1 - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O sindicato autor, em recurso de revista, alega que

o Tribunal Regional do Trabalho, mesmo provocado mediante embargos de declaração, incorreu em negativa de prestação jurisdicional, porquanto deixou de se pronunciar sobre os aspectos apontados em embargos de declaração quanto à existência de duas pretensões, obrigação de não fazer e pretensão de indenização por danos morais coletivos em decorrência de inúmeros interditos proibitórios impetrados pelos réus não só no ano de 2006, mas antes, em 2004 e 2005.

Sustenta que o esclarecimento em relação à impetração

de interditos proibitórios anteriormente a 2006 seria necessária porquanto justificaria o depoimento da testemunha cuja oitiva fora indeferida. Reputa violados os arts. 832 da CLT, 458, II, do CPC e 93, IX, da Constituição Federal.

O 3º Tribunal Regional do Trabalho negou provimento

ao recurso ordinário do autor e afirmou não ter ocorrido abuso de direito por parte dos réus, consoante os seguintes fundamentos:

.....
Insurge-se o Recorrente contra a r. sentença de primeira instância que indeferiu o pedido relativo aos alegados danos materiais e morais decorrentes da utilização indiscriminada, irregular e abusiva, pelas empresas bancárias, dos interditos proibitórios aviados com o propósito de reprimir as manifestações grevistas. Sustenta que se trata de autêntica coação moral, impedindo os trabalhadores da iniciativa privada à greve, o que caracteriza o dano moral coletivo.

Contudo, não assiste razão ao Recorrente.

Trata a presente, de ação civil pública ajuizada pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Belo Horizonte e Região contra diversas entidades financeiras, em que o Autor postula sejam as requeridas condenadas à indenização por dano moral coletivo pela prática de se adotar ato obstativo ao exercício do movimento paredista dos trabalhadores bancários através do ajuizamento de diversas ações de interditos proibitórios, frustrando o livre exercício do direito de greve.

Não se olvida que a greve é um eficaz e legítimo instrumento de pressão social e econômica dos trabalhadores para persuader os empregadores a atender às suas reivindicações. Trata-se de um direito constitucional em que a categoria profissional, de maneira soberana, possui a prerrogativa de “decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (art. 9º da CF/88).

Entretanto, é de se ressaltar que não se trata de um direito absoluto ou incondicionado, porquanto o próprio ordenamento jurídico constitucional apresenta limitações ao exercício do direito de greve, quando estabelece disposições inerentes ao atendimento das necessidades inadiáveis ou essenciais da comunidade, sujeitando, ainda, os responsáveis, em caso de abuso de direito, às penas da lei (art. 9º, §§ 1º e 2º, CF/88).

Doutra monta, a legislação infraconstitucional, instrumentalizada na Lei nº 7.783/89, regulamenta o direito constitucional de greve, dispondo que, em hipótese alguma, na tentativa de persuadir ou aliciar trabalhadores a aderirem à greve, os meios adotados pelos empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem, bem assim que as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa (art. 6º). Pois bem, a controvérsia destes autos cinge-se em apurar se a utilização de interditos proibitórios pelas entidades financeiras configura ou não medida tendente a frustrar o livre exercício do direito de greve e, por conseguinte, a gerar dano moral de ordem coletiva.

Em que pese a fundamentação do Recorrente sindical de que os bancos Réus utilizam os interditos proibitórios expedidos pela Justiça Comum com o objetivo de aniquilar o movimento grevista, afrontando um direito constitucional assegurado à categoria profissional, não se configura na conduta patronal qualquer tipo de atitude arbitrária e obstativa ao livre exercício do movimento paredista.

A concessão de interditos proibitórios pela Justiça Comum (então competente à época, já que ainda não se encontrava em vigor a EC 45/2004), visando a resguardar a posse e a propriedade das instituições bancárias, não implica, por si só, violação ao direito de greve, visto que, conquanto a Constituição Federal assegure a adoção do movimento paredista, a mesma Carta Política resguarda também a propriedade e garante a inafastabilidade da jurisdição, através do exercício do direito de ação, possibilitando ao interessado, in casu, aos empregadores, implementar medidas processuais visando a defender a sua propriedade, protegendo-a da turbacão ou esbulho porventura cometidos pela categoria que deflagrou o movimento grevista.

A utilização pelas instituições financeiras dos interditos proibitórios, mormente quando são concedidos pela Justiça Comum, não implica afronta ao direito de greve, já que se refere ao uso do direito de ação que é assegurado constitucionalmente, sempre que o interessado se sentir lesado ou ameaçado de sofrer lesão. Na hipótese, buscou-se garantir o pleno exercício do direito de posse, o funcionamento do sistema financeiro, o resguardo ao direito de clientes e usuários e o direito dos trabalhadores que voluntariamente decidiram não aderir à greve.

Aliás, a utilização pelos Bancos Reclamados dos interditos significa que todos têm direito de acesso à Justiça para invocar a tutela do Estado, quer de modo reparatório, quer de modo preventivo, inclusive, como o fez o

Sindicato, ora Recorrente, que, consoante os documentos de f. 132/236, conseguiu revogar diversas decisões liminares favoráveis aos Bancos.

Ademais, não se vê nos mandados liminares dos interditos proibitórios, expedidos pela Justiça Comum (f. 239, 258, 325, 355, 370, 380, 389 e 400), autorização expressa para a polícia militar adotar medidas intimidativas ao acesso dos grevistas no âmbito interno das agências bancárias, como não há qualquer determinação que proíba a manifestação pacífica dos bancários fora das agências, uma vez que os referidos interditos apenas buscaram assegurar a liberdade de ir e vir aos empregados do banco, que optaram por não aderir ao movimento paredista, aos clientes bancários e aos demais usuários, mantendo, assim, a integridade patrimonial das agências dos Réus. Não se vislumbra, portanto, na hipótese, qualquer abuso do direito de ação dos Reclamados, uma vez que não se pretendeu impedir as manifestações dos grevistas em calçadas ou utilização de carros de som.

Sobreleva destacar, por fim, que não se evidenciou qualquer abuso cometido pela esfera policial, bem como pelos oficiais de justiça, que cumpriram as determinações contidas nos referidos interditos, até porque, se estas autoridades tivessem procedido com algum excesso, este deveria a elas serem atribuído, e não às instituições financeiras demandadas, posto que apenas exerceram regularmente seus direitos e obtiveram a devida chancela judicial para tal.

Desta forma, não se constatando qualquer investida abusiva por parte das instituições bancárias demandadas ao livre exercício do direito de greve, impõe-se a manutenção da bem lançada sentença que julgou improcedente a pretensão relativa ao dano moral coletivo e aos honorários advocatícios, veiculados via ação civil pública movida pelo ente sindical. Nego provimento.

Da leitura do excerto transcrito depreende-se que, embora possa não ter satisfeito aos interesses do autor, a questão mais relevante da lide, configuração de abuso de direito pela impetração sucessiva e reiterada de interditos proibitórios em virtude da deflagração de movimentos grevistas, foi enfrentada, tendo sido firmada a tese de que “a utilização pelas instituições financeiras dos interditos proibitórios, mormente quando são concedidos pela Justiça Comum, não implica afronta ao direito de greve, já que se refere ao uso do direito de ação que é assegurado constitucionalmente, sempre que o interessado se sentir lesado ou ameaçado de sofrer lesão”.

Nesse sentido, o órgão julgador não precisa rebater todos os argumentos da parte, nem está adstrito a esses argumentos, mas deve apresentar as razões de seu convencimento dentro dos limites da lide, que, no caso dos autos, refere-se à configuração ou não de abuso de direito pela impetração reiterada e sucessiva de interditos proibitórios em decorrência de deflagração de greve.

Nesses termos, certo ou equivocado, não há dúvidas de que pronunciamento judicial houve, cabendo à parte insatisfeita utilizar as medidas processuais adequadas para buscar a reforma.

Nesse sentido, não se há de falar em ausência de fundamentação do apelo ou em ofensa aos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 458 do CPC e 832 da CLT.

Não conheço do recurso no tópico.

1.2 – CERCEAMENTO DE DEFESA

O recorrente afirma que o indeferimento da oitiva do comandante geral da polícia militar impediu que o sindicato autor comprovasse que, na greve de 2005, os réus exigiram da polícia medidas intimidativas e duras em virtude da execução dos mandados proibitórios. Sustenta que, embora em 2006 o comandante geral não tenha participado da intermediação de conflitos, a causa de pedir refere-se a fatos ocorridos em anos anteriores e interditos proibitórios impetrados então. Reputa violado o art. 5º, LV, da Constituição Federal e traz arestos a cotejo.

Em relação à nulidade processual por cerceamento de defesa, a Corte regional se manifestou nos seguintes termos, fls.

731-733:

.....
Registrou a decisão primeva que o depoimento do Comandante Geral da PM em nada contribuiria para a solução da lide, já que, segundo informação do próprio Autor, o referido Comandante não teve qualquer participação no movimento paredista do ano de 2006, hipótese em que se circunscreve o presente feito.

É necessário fixar a *litis contestatio*, porquanto a sentença que soluciona causa diversa da que foi proposta incide em nulidade. Humberto Theodoro Júnior, em seu clássico Curso de Direito Processual Civil, assevera que “o exercício do direito de ação deve se fazer à base de uma causa petendi que compreenda o fato ou o complexo de fatos de onde se extraiu a conclusão a que chegou o pedido formulado na petição inicial. A descrição do fato gerador do direito subjetivo passa, então, ao primeiro plano, como requisito que, indispensavelmente, tem de ser identificado desde logo.” (Volume I, Forense, Rio de Janeiro, p.352, 13ª edição, 1994). Assim, não se permite a alteração do pedido, e tampouco da causa de pedir, a causa petendi, devendo o magistrado se ater exclusivamente aos fatos narrados na exordial.

Pois bem, extrai-se da petição inicial que os fatos narrados guardam pertinência com os eventos descritos no ano de 2006, considerando que a demanda foi proposta em outubro/2006 (f. 03): “É de conhecimento público, eis que veiculado de forma ampla em toda imprensa nacional, que os Sindicatos da categoria dos bancários de todo o país deflagraram movimento paredista no princípio do mês de outubro, por conta do malogro das negociações coletivas referentes à data base de 1º de setembro. Não menos notório, é a ilegal prática patronal de debelar o movimento grevista através do uso indiscriminado e ilegal de ações possessórias, veiculadas, em regra, perante a Justiça Estadual” (f. 05). “As paralisações deste ano já estão sofrendo duras interferências das instituições financeiras, ante a perniciosa e odiosa utilização de Interditos Proibitórios, com instrumento de pulverização da greve” (f. 18).

Com efeito, não há na inicial a narrativa de eventos grevistas atinentes aos anos de 2004 e 2005, tornando-se desnecessário, portanto, o depoimento do Comandante Geral da PM, já que, no movimento paredista do ano de 2006, hipótese deste processado, o Oficial, segundo informação do Sindicato (f. 907), não teve qualquer participação, estando correta a decisão que indeferiu a oitiva pretendida.

A menção aos interditos proibitórios não modifica este entendimento, eis que a exordial se restringe aos fatos ocorridos no evento paredista de 2006, por conta da infrutífera negociação coletiva relativa à data base de 1º/09/2006.

Rejeito a preliminar.

Inicialmente, importa destacar que não está em

discussão eventuais excessos ocorridos por agentes do Estado no cumprimento das ordens judiciais concedidas em interditos proibitórios, o que se discute é exatamente se a impetração de interditos proibitórios, em si, configura ou não abuso de direito, capaz de ensejar a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

Acrescente-se, por outro lado, que não há controvérsia

quanto ao fato de utilização de interditos possessórios pelos réus, por ocasião dos movimentos grevistas, sendo esta a questão em debate.

Considerando que, no processo do trabalho, o art. 794

da CLT disposição que “nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”, tendo em vista os aspectos registrados, não se constata prejuízo decorrente do indeferimento da oitiva da testemunha indicada.

Assim, não se vislumbra a violação dos dispositivos

legais e constitucionais invocados.

Não conheço do recurso de revista, no particular.

1.3 – INTERDITOS PROIBITÓRIOS – GREVE – CONDOTA ANTI-SINDICAL - ABUSO DE DIREITO – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL COLETIVO

Conforme transcrito, a Corte regional negou provimento ao recurso ordinário do sindicato autor e afirmou não ter ocorrido abuso de direito por parte dos réus no fato de terem sido impetrados sucessivos e reiterados interditos proibitórios por parte dos réus, conforme excerto transcrito na análise do tema “Negativa de Prestação Jurisdicional”.

O Sindicato autor, em razões recursais, alega que o abuso da utilização de interditos proibitórios é patente, na medida em que o interesse que é subjacente a estas demandas não tem essência possessória, mas de mera dissuasão do movimento grevista. Sustenta que a greve, tal como praticada, é a única forma de conferir alguma

eficácia à autodefesa conferida pela Constituição, sendo que os interditos proibitórios são uma tentativa de dizimar esta última alternativa dos trabalhadores, configurando um inegável abuso de direito. Advoga a tese de que os interditos proibitórios buscam simplesmente outorgar uma aparência institucional à repressão do legítimo movimento de paralisação coletiva do trabalho, em verdadeiro abuso do direito de ação, que extrapola os fins sociais dos interditos e do direito de propriedade. Reputa violados os arts. 5º, XIII, 9º da Constituição Federal, 6º, § 1º e § 2º da Lei nº 7.783/99, 187 e 1.204 do Código Civil e 932 do CPC.

Conforme já adiantado na análise dos temas anteriores

e dos motivos apresentados na decisão proferida em agravo de instrumento, entendo não incidir o óbice da Súmula nº 126 do TST, na medida em que a alegação de abuso de direito não está vinculada à existência de abusos cometidos no cumprimento de determinações judiciais proferidas em interditos proibitórios, mas exatamente em verificar se a impetração dessas medidas em virtude da greve deflagrada pelos trabalhadores representados pelo sindicato autor constitui ou não abuso de direito.

Antes de prosseguir, contudo, algumas observações técnicas se fazem pertinentes. Primeiramente, deve-se ressaltar que o interdito proibitório é uma espécie de interdito possessório. Vale dizer, as ações tipicamente possessórias, também chamadas de interditos possessórios, são gênero do qual decorrem três espécies: ação de manutenção de posse, ação de reintegração de posse e interdito proibitório.

Os interditos possessórios são ações hábeis a provocar

o Estado – apresentado pelo magistrado –, no intuito de se promover a defesa da posse que tenha sido tomada, perturbada ou, ao menos, ameaçada.

Respeitando a ordem mencionada, é cabível ação de reintegração de posse quando o possuidor perde a posse da coisa, que lhe é tomada – configurando-se o esbulho; ação de manutenção de posse quando, apesar de não perder a posse, houver algum tipo de perturbação ou embaraço no seu exercício – configurando-se a turbação; e o interdito proibitório, quando diante da ameaça de iminente turbação ou esbulho.

Importante ressaltar, também, que as ações possessórias são fungíveis entre si. Conforme se depreende do art. 920 do CPC, havendo qualquer mutação fática, uma ação pode ser substituída pela outra, autorizando o magistrado a conceder a tutela específica do caso concreto.

Essa regra se justifica pela instabilidade e versatilidade característica dos conflitos possessórios, uma vez que a ameaça pode se concretizar em turbação ou esbulho, ou a turbação em esbulho, em questão de instantes – o que obrigaria o autor a ajuizar diversas ações, assim como o judiciário a reconhecer a perda do objeto ante qualquer alteração, o que contraria o princípio da economia processual.

Como toda ação, cada qual possui requisitos específicos que devem ser demonstrados pelo autor, para que alcance o provimento jurisdicional almejado. No que tange ao interdito proibitório, estabelece o art. 932 do CPC:

Art. 932 – O possuidor direito ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Como a própria nomenclatura denuncia, sendo um interdito possessório, o primeiro requisito que se extrai do Diploma Processual – e comum a todas essas ações – é a comprovação da posse do autor.

Os outros dois requisitos seriam a ameaça de turbação

ou esbulho, e o justo receio que dela deriva. Explica Carlos Roberto Gonçalves, em “Direito Civil Brasileiro, Vol. 5: Direito Das Coisas”,

São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, 7ª edição, p. 172:

O segundo requisito – ameaça de turbação ou de esbulho por parte do réu – entrelaça-se com o terceiro, que é o justo receio de que seja concretizada. Não é qualquer ameaça, como foi dito, que enseja a propositura dessa ação. É necessário que tenha havido um ato que indique certeza de estar a posse na iminência de ser violada. Para vencer a demanda, o autor deve demonstrar que o seu receio é justo, fundado em fatos ou atitudes que indicavam a iminência e inevitabilidade de moléstia à posse.

O segundo requisito – ameaça de turbação ou de esbulho

por parte do réu – entrelaça-se com o terceiro, que é o justo receio de que seja concretizada. Não é qualquer ameaça, como foi dito, que enseja a propositura dessa ação. É necessário que tenha havido um ato que indique

certeza de estar a posse na iminência de ser violada. Para vencer a demanda, o autor deve demonstrar que o seu receio é justo, fundado em fatos ou atitudes que indicavam a iminência e inevitabilidade de moléstia à posse.

No caso dos autos, conforme registrado pela Corte

regional, os réus impetraram interditos proibitórios, na Justiça Comum, tendo como suposto receio a iminência de moléstia à posse provocada pela greve deflagrada pelos trabalhadores dos réus.

No artigo “A Disciplina Jurídica Da Greve e As Constituições Republicanas no Brasil”, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 39, julho de 1993, fls. 145, Walküre Lopes Ribeiro cita Piero Calamandrei para afirmar que são três as formas recebidas pelas ordens jurídicas do conceito de greve, em conformidade ao valor social que lhe confere o Estado, podendo ser considerada: “fato socialmente danoso (delito), socialmente indiferente (liberdade) ou fato socialmente útil (direito)”.

No referido artigo, Lopes Ribeiro analisa o tratamento fornecido ao conceito de greve nas diferentes ordens constitucionais brasileiras. A autora analisa a ausência de expressa previsão na Constituição de 1891, salientando, todavia, que havia previsão no Código Penal de 1890 do delito de coalização e greve.

O estudo aponta evolução conceitual a partir das alterações do Código Penal pelo Decreto nº 1.1162 de 1890 e na omissão verifica na Constituição de 1934, quando a greve pode ser considerada como fato social indiferente - liberdade.

Na Constituição outorgada em 1937, ocorre uma involução e o conceito de greve passa a ser considerado como “recurso antissocial” - delito. Promulgada a Constituição de 1946, pela primeira vez, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a greve como direito, mas atribuiu a necessidade de regulamentação para seu exercício.

Na Constituição de 1967 e a partir da Emenda Constitucional de 1969, ocorre a restrição do direito, que fica vedado às atividades consideradas essenciais. A autora destaca que, nesse período, tão largo era o rol de atividades essenciais, e minucioso o procedimento legal para deflagração, que apenas através do processo de desobediência civil foi possível a realização de greves no período.

Ainda, segundo o artigo, na Constituição Federal de 1988 ocorre importante alteração topológica do direito de greve, que deixa de integrar a ordem econômica e social e passa a figurar no título referente aos direitos e garantias fundamentais.

O fato do direito de greve ter sido elencado como direito fundamental é extremamente relevante, porquanto representa a elevação desse direito como elemento definidor e legitimador de toda a ordem jurídica positiva.

De acordo com o art. 9º da Constituição Federal, assegura-se o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

José Afonso da Silva, em “Comentário Contextual à Constituição”, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, 6ª edição, p. 198, afirma que a “Constituição assegura o direito de greve, por si próprio. Não o subordinou a eventual previsão em lei”. E acrescenta que “a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir não deverá ir no sentido de sua limitação, mas de sua proteção e garantia”.

A garantia ao direito de greve deve ser interpretada no contexto de afirmação ao princípio da liberdade sindical e seu sistema e mecanismos de proteção. Oscar Ermida Uriarte, em “A Proteção Contra os Atos Anti-Sindicais”, Tradução Irany Ferrari, Ed. LTr, São Paulo, 1989, 1ª edição, p. 21, a respeito do tema, leciona:

“Por isso, o bom funcionamento das medidas de proteção da atividade sindical, determina a vigência efetiva da liberdade sindical e especialmente o eficaz desenvolvimento da atividade sindical. O sistema de proteção da atividade sindical em seu conjunto, não é outra coisa, definitivamente, senão a “redução” ou “concreção” da noção abstrata de liberdade sindical ao meio concreto e real em que deve ser exercida; o “foro sindical”, as faculdades ou prerrogativas sindicais e a proscrição das práticas desleais, dos atos de ingerência e de qualquer ato anti-sindical, derivam teoricamente da liberdade sindical, formam parte dela; mas ao mesmo tempo, são requisitos de eficácia dela, e nesse sentido, são seus pressupostos de eficácia, condicionam-na, garantem-na, tornam-na possível no mundo real, concretizam-na, efetivam-na”.

O sistema de proteção da tutela da liberdade sindical contra atos antissindicais transborda a ordem nacional e encontra abrigo no sistema internacional de direitos humanos trabalhistas.

A esse respeito, mais uma vez, vale a menção a Uriarte, que na conferência proferida no TST, em 2004, no “Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais”, transcrito na revista do TST, Brasília, Vol. 77, nº 2, abr/jun 2001, p. 136-137, destaca:

“Neste marco insere-se, com facilidade, o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira. Como se sabe, diz que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, com o qual a Constituição de nossos países contém dentro dela aqueles tratados, declarações, pactos de direitos humanos referidos na própria Constituição. Não há aqui um fenômeno de ratificação, de adoção, de nacionalização. Supera-se a oposição direito nacional x direito internacional, porque é a própria Constituição que diz: essas normas internacionais fazem parte da minha constituição. Gosto de dizer que nossas constituições estão “grávidas” das normas internacionais de direitos humanos, porque elas mesmas dizem: estão dentro de mim, fazem parte de mim. Nesses casos, quando nos juízes aplicam um desses tratados internacionais, não estão aplicando direito estrangeiro, direito internacional, estão aplicando o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira; o art. 72 da Constituição uruguaia; o art. 33 da Constituição argentina; etc. Isso se chama, na América Latina, de “bloco de constitucionalidade”. Em matéria de direitos humanos, há um conjunto de normas consagratórias de direitos fundamentais, com conteúdo diretamente constitucional, e outras constitucionalizadas, ainda que de origem internacional.

A eficácia dessas normas constitucionais sobre direitos humanos. Temos uma tendência, um preconceito em considerar que as normas, os princípios constitucionais são declarações de boa vontade, não mais que isso. A tendência, na verdade, deve ser o contrário: a Constituição é a norma jurídica de mais alta hierarquia, onde somente constam aquelas questões essenciais para a convivência e para nosso pacto de vida em comum. Aí estão os direitos fundamentais, os direitos aos quais ninguém renuncia, a parte que estamos reservando para todos nós neste pacto de vida em comum. O que está aí não pode ser algo posto por causalidade, tem de ter a máxima eficácia, não a mínima”.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, referentes à integração ao ordenamento jurídico nacional das normas estabelecidas no Pacto de San José da Costa Rica, consolidaram o reconhecimento da relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, implicando na incorporação à legislação interna dos diplomas internacionais ratificados.

Os precedentes referentes ao Pacto de San José da Costa Rica marcam o reconhecimento dos direitos fundamentais, estabelecidos em tratados internacionais, como normas de *status* supralegal, isto é, abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, conforme se observa na leitura da seguinte ementa:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. **RECURSO**

EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703/RS - RIO GRANDE DO SUL, Recurso Extraordinário, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe-104, Divulg 04-06-2009, Public 05-06-2009, Ement vol-02363-04 pp-00675)

O Supremo Tribunal Federal, em recente precedente de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no AI 601832 AgR/SP - SÃO PAULO (DJe-064 Divulg 02-04-2009, Public 03-04-2009, Ement vol-02355-06 PP-01129, RSJADV jun., 2009, p. 34-38, RT v. 98, n. 885, 2009, p. 518-524, fls. 1140), reconheceu que “após o advento da Emenda Constitucional 45/04, consoante redação dada ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos **hierarquia constitucional** (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”). Desse modo, a Corte deve **evoluir** do entendimento então prevalente à época do julgado aludidos, **para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção**” (grifos apostos).

De acordo com a Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 49/52, todos os trabalhadores devem ser protegidos de atos discriminatórios que atentem contra a liberdade sindical, não só referentes à associação ou direção de entidades sindicais, mas também quanto à participação de atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica, conforme se destaca da redação do art. 1º da aludida convenção, de seguinte teor:

Art. 1 — 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

Mais especificamente quanto à greve, verifica-se que a Organização Internacional do Trabalho destacou como princípios referentes ao direito de greve, em **tradução livre**:

A. A consideração do direito de greve como um direito fundamental que deve ser desfrutado por trabalhadores e suas organizações (sindicatos, associações, federações e confederações), o que é protegido em nível internacional, considerando que o direito seja exercido de uma forma pacífica.

H. As restrições aos piquetes devem se limitar aos casos em que essas ações deixem de ser pacíficas, e os piquetes não podem impedir o exercício do direito de liberdade de trabalho daqueles que não tenham aderido à greve.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087989.pdf e http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/document s/publication/wcms_087987.pdf,

Nota-se dos princípios internacionais a consagração do direito de greve como direito fundamental. Ainda, as medidas restritivas aos piquetes devem limitar aos casos em que houver comprovado abuso por parte dos grevistas, e não em tese, de forma a presumir os excessos e a consequente turbação da posse.

Portanto, utilizar de ações judiciais, na forma realizada pelos réus, em que partiram da presunção de abusos a serem cometidos pelos grevistas, requisito particular do instituto do interdito proibitório, atenta contra os princípios concernentes ao direito de greve.

A impetração de interditos proibitórios, independentemente do sucesso ou insucesso das ações, representa, em si, a tentativa de inviabilizar a livre participação dos trabalhadores em atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica, o que implica em ofensa ao princípio da liberdade sindical e faz incidir o sistema de proteção contra atos antissindicais, notadamente, o art. 1º da Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho.

Vale, ainda, mencionar que a utilização de interditos possessórios no intuito de coibir greves não é novidade na realidade jurídica brasileira. Em recente artigo, Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho, em “Direito de Greve entre Afirmação e Repressão: o caso CSN, in Trabalho, Constituição e Cidadania – A Dimensão Coletiva Dos Direitos Sociais Trabalhistas”, São Paulo: Ed. LTr, 2014, 1ª edição, p. 337, relembram e analisam a intervenção militar para coibir a greve de trabalhadores da CSN, ocorrida em novembro de 1998, na qual os militares teriam investido “contra os operários, utilizando bombas, fuzis, metralhadoras, tanques blindados e carros urutus”.

Nesse sentido, a aparente legitimidade pela chancela do Juízo Estadual em conceder liminares nos interditos proibitórios impetrados pelos réus revela apenas a necessidade do órgão do Poder Judiciário empreender a releitura do direito fundamental à greve e a ausência de superação da concepção patrimonialista, fundamental na outra ordem constitucional e antigo Código Civil, em que o direito individual à propriedade se sobressaia a qualquer outro direito, em absoluta desconsideração a direitos de titularidade coletiva ou difusa. Exatamente por reconhecer a necessidade de ponderação entre o direito de greve e o direito de propriedade que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser competente a Justiça do Trabalho para tratar das ações possessórias em hipóteses como a tratada nos autos, conforme se destaca da seguinte ementa com repercussão geral de relatoria da Min. Cármen Lúcia:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: "PIQUETE". ART. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. "A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil" (Conflito de Jurisdição n. 6.959), bastando que a questão submetida à apreciação judicial decorra da relação de emprego. 2. Ação de interdito proibitório cuja causa de pedir decorre de movimento grevista, ainda que de forma preventiva. 3. O exercício do direito de greve respeita a relação de emprego, pelo que a Emenda Constitucional n. 45/2003 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República). 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho. (RE 579648/MG - MINAS GERAIS, Recurso Extraordinário, Relator Min. Menezes Direito, Relatora p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Repercussão Geral – DJe-043, Divulg 05-03-2009, Public 06-03-2009, Ement vol-02351-08 pp-01534, RTJ Vol-00208-03 pp-01271)

Adicionalmente, no julgamento dos interditos proibitórios, a necessidade de ponderação não se limita à consideração do direito de greve como direito fundamental, mas também à nova acepção do direito de propriedade. Embora desde 1934 a Constituição preveja o valor social da propriedade, na Constituição de 1988 essa disposição expressa aparece em pelo menos cinco dispositivos (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º, 184, *caput*, 186, *caput*) evidenciando a opção em consagrar a função social da propriedade como mandato de otimização de todo ordenamento jurídico.

Portanto, ainda que os interditos proibitórios impetrados pelos réus tivessem aspecto de regular exercício do direito pela obtenção da concessão de liminares favoráveis, essas decisões não são capazes de transfigurar seu caráter antissindical, na medida em que a intenção por trás da propositura dos interditos era única e exclusivamente de fragilizar o movimento grevista e dificultar a legítima persuasão por meio de piquetes.

Márcio Túlio Viana, em artigo intitulado "Da Greve Ao Boicote: Os Vários Significados E As Novas Possibilidades Das Lutas Operárias", Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 49, nº 79, jan/jun 2009, p. 107, de forma poética, afirma que "a greve é também um meio de conversa e denúncia. Através dela, os trabalhadores contam à sociedade o que se passa entre as quatro paredes da empresa e revelam ao empregador o grau de sua indignação. Em troca, recebem desses interlocutores – através de suas próprias falas – palavras ou gestos de apoio ou indiferença, revolta ou retaliação".

A conduta dos réus, de impetrar inúmeros interditos proibitórios para "garantir o pleno exercício do direito de posse, o funcionamento do sistema financeiro, o resguardo ao direito de clientes e usuários e o direito dos trabalhadores que voluntariamente decidiram não aderir à greve", na verdade, significa uma tentativa de obstrução do canal de denúncia, a oclusão da via de conversa entre trabalhadores grevista e sociedade, implica calar as vozes que tentam transpor os limites internos da instituição.

Talvez não por coincidência, um dos primeiros casos em que se reconheceu ter sido caracterizado abuso de direito, o direito em questão era exatamente o direito de propriedade. De acordo com Heloísa Carpena, em *O Abuso do Direito no Código de 2002 Relativização De Direitos Na Ótica Civil-Constitucional*, A Parte Geral do Novo Código Civil, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, 3ª edição, pp. 401-402, "a história registra que somente em 1912, com o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, a teoria do abuso do direito tornou-se amplamente conhecida. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em

perigo as aeronaves que ali aterrizavam. A decisão considerou abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário”.

Como foi analisado, é próprio do instituto do interdito proibitório a iminência de turbacão da posse, a ameaça. A previsão constitucional, no § 2º do art. 9º estabelece que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. Ocorre, entretanto, que esses abusos não podem ser presumidos.

Da mesma forma que no caso analisado pela Corte de Amiens entendeu-se haver abuso do direito de propriedade na conduta de construção de torres com a instalação de armas de ferro, ingressar com interditos proibitórios tendo como receio o simples e legítimo exercício do direito de greve constitui ato antissindical e por esse motivo configura abuso do direito de ação, atraindo a incidência do art. 187 do Código Civil.

O abuso de direito está configurado exatamente na

impetração dos interditos proibitórios, na pretensão de acionar o aparato do Estado para coibir o exercício de um direito fundamental, o direito dos trabalhadores decidirem como, por que e onde realizar greve e persuadirem seus companheiros a aderirem o movimento.

Conheço do recurso de revista, por violação do art. 187 do Código Civil.

2 – MÉRITO

2.1 – INTERDITOS PROIBITÓRIOS – GREVE – CONDOTA ANTISSINDICAL - ABUSO DE DIREITO – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL COLETIVO

Conforme razões apresentadas e como consequência do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 187 do Código Civil, entendo, ter restado configurado o abuso de direito, motivo pelo qual prossigo na análise quanto ao dano moral coletivo e ao arbitramento da indenização pertinente.

O reconhecimento de que a lesão a interesses metaindividuais provoca dano extrapatrimonial e enseja a condenação ao pagamento de indenização encontra amparo nas Leis nos 7.347/85 e 8.884/94 e já foi objeto de inúmeros precedentes desta Corte, conforme se observa da leitura do seguinte precedente:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - DANO MORAL COLETIVO - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO RESPECTIVO VALOR. I - Ressai incontroversa a caracterização do dano moral coletivo praticado pelo embargante, não só em razão da sólida fundamentação do acórdão do Regional, reproduzido no acórdão embargado, mas particularmente pela preclusão que se abatera sobre a questão, por ela não ter sido objeto do recurso de embargos, visto que o seu conhecimento devera-se unicamente à divergência em torno do valor da indenização. II - É bom assentar não ser nenhuma novidade, no âmbito do Poder Judiciário, especialmente agora na seara do Judiciário do Trabalho, a tormentosa dificuldade na mensuração da indenização por dano moral, quer o seja individual ou coletivo, por ela não se orientar pelo critério aritmético do dano material e sim pelo critério estimativo, em relação ao qual se abre considerável espaço para a subjetividade de cada magistrado. Mesmo assim, a doutrina tem preconizado devam ser levados em conta aspectos como a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, eventual proveito obtido com a conduta ilícita, o grau de culpa ou dolo, a verificação de reincidência e a intensidade, maior ou menor, do juízo de reprovabilidade social da conduta adotada. III - Do acórdão embargado observa-se ter sido arbitrado o valor da indenização por dano moral coletivo em R\$ 5.054.400,00, para cujo cálculo tomara-se como referência um salário mínimo vigente à época, para cada mês de irregular prestação de serviços, num total de três, acabando por multiplicar-se o resultado alcançado pelos 6.480 estagiários. IV - Agiganta-se desse delineamento factual a certeza de a Turma ter-se guiado pelos prejuízos que cada um dos estagiários teria sofrido, com o desvirtuamento do estágio, tanto quanto a de ter-se valido do salário mínimo para a quantificação da multicitada indenização. V - Ocorre que, no caso de dano moral coletivo, o critério a ser observado no arbitramento da indenização não é o prejuízo experimentado individualmente por cada estagiário e sim a lesão causada à universalidade dos trabalhadores, afastada, ainda, a possibilidade de se utilizar como parâmetro o valor do salário mínimo, por força do teor cogente da norma do inciso IV do artigo 7º da Constituição, ao vedar sua vinculação para qualquer fim. VI - Desconsiderados os critérios de que se cogitara no

acórdão embargado, impõe-se enfocar a fixação do valor da indenização com respaldo nos requisitos representados pela natureza, gravidade e repercussão da lesão, situação econômica do ofensor, eventual proveito obtido com a conduta ilícita, grau de culpa ou dolo, verificação de reincidência e grau de reprovabilidade social da conduta adotada. VII - Em que pese o Regional ter-se esmerado em imprimir forte coloração ao dano infligido à coletividade dos estagiários, mediante remissão a normas constitucionais frente às quais se permitira lavrar contundente afirmação de fraude na contratação dos estagiários, sobressai do acórdão embargado quadro fático que a desautoriza frontalmente. Efetivamente, dele emerge a assertiva de o desvio do estágio ter-se dado por apenas três meses, circunstância que se revela extremamente elucidativa da sua não descaracterização e de seu apequenado arranjo legal, em condições de sustentar a inabalável convicção de a lesão sofrida pelos estagiários, atingidos pela ilicitude da conduta do embargante, não ter-se identificado por sua aguda gravidade nem por sua intensa repercussão moral ou social. VIII - Some-se a isso o caráter marginal do proveito obtido pelo Estado da Bahia com o desvio do estágio, à conta do propósito socialmente relevante que o levava a tanto, consistente na viabilização de milhares de matrículas de alunos da rede pública de ensino, aspecto que ameniza sobremaneira, a um só tempo, o grau de culpabilidade e o de reprovabilidade dessa conduta, notadamente pela inexistência de prova de sua reincidência, havendo, ao contrário, elementos probatórios eloquentes do seu insulamento. IX - Diante de tais singularidades factuais e mais a finalidade punitiva e dissuasória de eventual reiteração da conduta ilícita do embargante, entende este magistrado, por injunção inclusive do princípio da equidade, ser razoável e proporcional à lesão moral sofrida pelo contingente de estagiários arbitrar em R\$ 150.000,00 o valor da indenização pelo dano moral coletivo. Ressalte-se que a simples constatação de o embargante qualificar-se como Ente da Federação não se mostra bastante, por si só, para se inferir sua alentada estatura econômico-financeira, quando nada por ser uma incógnita o montante da sua arrecadação e o da suas despesas, quer se refiram a despesas correntes ou a despesas com investimentos em prol do bem comum. X - Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido. (E-ED-RR-94500-35.2004.5.05.0008, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 11/11/2011)

No arbitramento pelo juiz do *quantum* indenizatório, deve ser observado o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual se deve considerar tanto a capacidade financeira do ofensor quanto as condições particulares da vítima, assim como as circunstâncias do caso concreto, gravidade e potencialidade social do dano, sua repercussão social e, sobretudo, a relevância do bem jurídico tutelado.

Há situações em que a indenização decorrente de responsabilidade civil não deve se restringir a reparar integralmente o dano já consumado, mas também impedir a realização de novos danos, de inibir a repetição de conduta que implique em danos.

O objetivo da condenação, nesses casos, além de reparação é dar um caráter exemplar para que a conduta, cuja ofensividade social é alta, não seja reiterada pelo causador do dano ou por terceiros. Nesse sentido, importa trazer a lição de André Gustavo Corrêa de Andrade, em “Dano Moral e Indenização Punitiva – Os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do Direito brasileiro”, 1ª Ed., Forense, p. 241:

A consolidação da idéia de que a responsabilidade civil desempenha um papel profilático, de preservação ou evitação do dano, tem aberto espaço, principalmente no campo da proteção dos direitos da personalidade, para o estabelecimento de sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, com a finalidade de prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos, violadores daqueles direitos especialmente caros ao homem. A pena, no plano teórico, exerce sempre uma função preventiva. Quando se impõe um sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não se deve repetir. Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas dessa natureza.

Neste mesmo sentido, o Ministro Waldir Oliveira da Costa, em seu “Dano Moral nas Relações Laborais”, 1999, Juruá, p. 122, assim dispõe acerca da função do dano moral:

Em nossa opinião, a reparação por danos morais reveste-se de dupla função: reparatória e punitiva.

- a) a função reparatória tem como finalidade oferecer compensação ao lesado e, assim, atenuar o seu sofrimento, recaindo em montante razoável do patrimônio do ofensor, de tal modo que ele não persista na conduta ilícita.
- b) a função punitiva consiste em aplicar uma sanção ao lesante, visando coibir ou inibir atentados ou investidas contra direitos personalíssimos de outrem, razão de funcionar como penalidade de natureza pedagógica. Serve de advertência para que o ofensor não reincida na prática de atos lesivos à personalidade alheia e de exemplo à sociedade que, em suas relações, deve pautar-se por conduta ética e de respeito mútuo no campo das relações jurídicas e sociais.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, no artigo “Usos e Abusos da Função Punitiva – *punitive damages* e o Direito brasileiro”, R. CEJ, Brasília, nº 28, jan./mar.2005, p. 21, abordam a questão da retomada da pena privada no direito brasileiro, invocando escólio de Paolo Gallo:

As razões para a volta do caráter exemplar da responsabilidade civil não são difíceis de explicar, resultando, na maior parte dos casos, da própria insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório, com o montante da indenização limitado ao quantum efetivamente sofrido, segundo os cálculos advindos da Teoria da Diferença pela qual o dano resulta da diminuição do patrimônio, consistindo na diferença entre o valor atual do patrimônio, consistindo na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida. Essa fórmula de cálculo (na verdade, condicionante do conceito jurídico de dano), conquanto apropriada para o comum dos casos, no dano patrimonial, é inadequada- e mesmo inservível – para o dano extrapatrimonial, terreno que continua pantanoso, pois parece impossível o encontro de critérios unitários, gerais e abstratos, aplicáveis à generalidade das situações. Em alguns casos, afirma Araken de Assis, de acordo com o valor médio das indenizações nos casos de morte e lesão física, é mais compensador financeiramente matar do que mutilar. Agregue-se a isso a tendência de retratação Direito Penal, que, segundo estudiosos, deve ser limitado às ofensas mais graves à ordem social, abrindo, então, espaço para a retomada do caráter sancionador da responsabilidade civil.

Em outros sistemas filiados à tradição romanística, o debate também está aberto. Paolo Gallo, autor de excelente monografia sobre o tema, elenca quatro hipóteses aptas a serem sancionadas com a pena privada no direito contemporâneo: (1) casos de responsabilidade civil “sem dano”, isto é, sem dano de natureza econômica imediatamente perceptível, como ocorre no vasto setor das lesões aos direitos da personalidade; (2) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano; (3) hipóteses em que a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é inferior relativamente à probabilidade de causar danos; (4) os chamados “crimes de bagatela”

Sob essa perspectiva, da necessidade de se estabelecer em cada caso o titular do direito violado e o próprio bem jurídico tutelado antes de enfrentar a questão do *quantum* a ser arbitrado, destaca-se que o titular do direito violado é o grupo de trabalhadores representados pelo Sindicato-autor e, conforme motivos apresentados na análise do conhecimento, o bem jurídico tutelado é a liberdade sindical dos trabalhadores e do sindicato autor.

Acrescente-se, em relação à capacidade econômico-financeira dos réus, que se tratam das maiores instituições financeiras privadas de varejo brasileiras. A ABN AMRO Bank e o Banco Santander, atualmente com capital integrado, tinham no primeiro trimestre de 2012 patrimônio líquido de 50,440 milhões de reais (fonte *site* da própria instituição bancária: http://www.santander.com.br/document/wps/Press_Release_PORT_1T12p.pdf)

f). Já os réus, Itaú e Unibanco, em 31/12/2010, tiveram como patrimônio líquido, na soma das empresas que compõem o grupo econômico, 3.731.224 milhões de reais (fonte *site* da própria instituição bancária: <http://www.itaunibanco.com.br/relatoriosdesustentabilidade/df/21.htm>). O réu Banco Mercantil, em setembro de 2013, atingiu como patrimônio líquido o montante de 820.060 milhões de reais (fonte *site* da própria instituição bancária: <http://mercantildobrasil.com.br/BemVindoAoMB/RelacaoInvestidores/InformacoesFinanceiras/paginas/resultadoeconomicofinanceiro.aspx>). O Bradesco, por sua vez, em março de 2013, acumulou 70.046 milhões de reais (fonte *site* da própria instituição bancária: <http://www.bradesco.com.br/site/uploads/635106873340494844-04-download-pdf-v01.pdf>). O réu HSBC teve, em 31/12/2012, patrimônio líquido de 9.972 milhões de reais (fonte *site* da própria instituição bancária:

http://www.hsbc.com.br/1/PA_esf-ca-app-content/content/hbbr_pws/pt/b_em-vindo/docs/resultados-financeiros-hsbc-bank-2012-dezembro.pdf). Por fim, o réu Banco Safra apresentou como patrimônio líquido, em 31/12/2012, 1.624.645 milhões de reais (fonte *site* da própria instituição bancária: <http://www.safranet.com.br/conteudo/sobre/PDF/Extratodez2013.pdf>).

Indubitável, portanto, a elevada capacidade econômica-financeira dos réus, a gravidade da ofensa que feriu a liberdade sindical dos trabalhadores representados pelo autor, assim como a necessidade de ser atribuído aspecto punitivo, tendo em vista a potencialidade social do dano.

Contudo, para que não se incorra em julgamento *extra petita*, deve ser observado quanto foi postulado pelo autor. Na inicial, fls. 77 do arquivo digital, o sindicato autor-postulou R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por interdito proibitório impetrado.

Dessa forma, **dou provimento** ao recurso de revista para, reformando as decisões proferidas em instâncias ordinárias, julgar procedente a pretensão de indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por interdito proibitório impetrado, em favor do Sindicato-autor. Nos termos do item “b” da inicial, o Sindicato-autor deverá prestar contas ao Ministério Público do Trabalho quanto à utilização dos valores executados em benefício da organização sindical.

O termo inicial para a contagem dos juros de mora nas obrigações trabalhistas é matéria regulada no art. 883 da CLT, que determina que os juros de mora incidentes sobre o valor atribuído à condenação, em qualquer caso, deverão ser calculados da data em que ajuizada a reclamação trabalhista. Acerca da correção monetária, o valor da indenização a ser arbitrado impõe ao magistrado o dever de fixar o montante em consideração à expressão atualizada do valor da moeda, entendimento sedimentado na redação da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Invertidos os ônus da sucumbência, a cargo dos réus. Considerando os termos dos arts. 20, 63 e 64 do CPC, e a teor da Súmula nº 219, III, desta Corte, defiro honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor líquido da condenação, conforme restar apurado na fase de liquidação de sentença.

Arbitra-se provisoriamente à condenação o valor de R\$1.050.000,00 (um milhão e cinquenta mil reais) e custas judiciais no importe de R\$21.000,00 (vinte e um mil reais) pelos réus.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento em recurso de revista e, no mérito, por maioria, vencida a Ministra Delaíde Miranda Arantes, dar-lhe provimento para determinar o processamento do recurso de revista. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “Interditos Proibitórios – Greve – Conduta Antissindical - Abuso de Direito – Indenização – Dano Moral Coletivo”, por violação do art. 187 do Código Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar procedente a pretensão de indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por interdito proibitório impetrado, em favor do sindicato-autor. Juros de mora a partir da distribuição da ação, conforme art. 883 da CLT, e correção monetária a partir da publicação desta decisão, conforme Súmula nº 362 do STJ. Invertidos os ônus da sucumbência, a cargo dos réus. Honorários advocatícios em favor do sindicato-autor no percentual de 15% sobre o valor líquido da condenação, conforme restar apurado na fase de liquidação de sentença. Arbitrado à condenação o valor de R\$1.050.000,00 (um milhão e cinquenta mil reais), e custas judiciais no importe de R\$21.000,00 (vinte e um mil reais), solidariamente, pelos réus. Brasília, 27 de Maio de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006) _____
MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO
Redator Designado